LBS A61159

ARNOLDI VINNII JC.

IN QUATUOR LIBROS

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

ACADEMICUS ET FORENSIS

JO: GOTTL. HEINECCIUS JC.

Recensuit, & Præfationem Notulasque adjecit.

ACCEDUNT IN HAC NOVISSIMA EDITIONE

JUXTA EXEMPLAR LUGDUNE ADORNATA EJUSDEM VINNII

QUÆSTIONES TYRIANI JURIS SELECTÆ,

Et præmittitur ex [illegible]26eneta JACOBI GOTHOFREDI
Historia & Bibliotheca Juris Civilis Romani.

Adjectis Indicibus locupletissimis.

TOMUS SECUNDUS.

VENETIIS,
TYPOGRAPHIA BALLEONIANA.
MDCCCIV.
SUPERIORUM PERMISSU AC PRIVILEGIIS.

19775
R 61758

LBS 461159

LEGADO
DEL DOCTOR
D. MIGUEL ROYO MARTINEZ
Catedrático de D.º Civil
1961

INDEX
RUBRICARUM
SECUNDUM LIBRORUM ET TITULORUM ORDINEM.

TOMUS SECUNDUS.

LIBER III.

TITULUS I.

DE Hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur. Pag. 1
2. De Legitima Adgnatorum Successione. 19
3. De Senatusconsulto Tertylliano. 26
4. De Senatusconsulto Orficiano. 30
5. De Successione Cognatorum. 33
6. De gradibus Cognationum. 42
7. De Servili Cognatione. 47
8. De Successione Libertorum. 48
9. De Assignatione Libertorum. 52
10. De Bonorum Possessionibus. 54
11. De Acquisitione per adrogationem. 62
12. De eo, cui libertatis causa Bona addicuntur. 65
13. De successionibus sublatis quæ fiebant per bonorum Venditiones, & ex Senatusconsulto Claudiano. 67
14. De Obligationibus. 68
15. Quibus modis re contrahitur Obligatio? 76
16. De verborum Obligationibus. 88
17. De duobus Rei stipulandi & promittendi. 101
28. De Stipulatione Servorum. 104
19. De Divisione Stipulationum. 105
20. De inutilibus Stipulationibus. 108
21. De Fidejussoribus. 128
22. De Litterarum Obligationibus. 135
23. De Obligationibus ex Consensu. 139
24. De emptione & Venditione 140
25. De Locatione & Conductione. 154
26. De Societate. 162
27. De Mandato. 171
28. De obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur. 180
29. Per quas Personas Obligatio acquiritur. 188
30. Quibus modis tollatur obligatio. 189

10775
R. 5178

LIBER IV.

TITULUS I.

DE Obligationibus, quæ ex Delicto naſcuntur. 199
2. De vi bonorum raptorum. 213
3. De Lege Aquilia. 215
4. De injuriis. 223
5. De obligationibus, quæ quaſi ex delicto naſcuntur. 231
6. De Actionibus. 234
7. Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur. 296
8. De Noxalibus Actionibus. 303
9 Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur. 306
10. De his, per quos agere poſſumus. 307
11 De Satiſdationibus. 309
12. De perpetuis & Temporalibus Actionibus, & quæ ad hæredes & in hæredes tranſeunt. 313
13 De Exceptionibus. 317
14. De Replicationibus. 325
15. De interdictis. 326
16. De Pœna temere litigantium. 337
17. De officio Judicis. 362
18. De Publicis Judiciis. 369

A R-

ARNOLDI VINNII JC.

IN LIBRUM TERTIUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE HÆREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

D. Lib. 38. *Tit.* 16. *C. Lib.* 6. *Tit.* 55. *&* 58. *N.* 118.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.

DEcursis omnibus supremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad *instituram* de universitate bonorum acquirenda disputationem: Ex quatuor hujus generis acquisitionis modis, propositis §. *ultim. supr. per quas pers. cuiq. acq.* eum primo explicandum suscepit, quo hæreditas nobis obvenit. Obvenire vel ex testamento, vel ab intestato. De priore igitur de hæreditate ex judicio defuncti acquirenda hactenus sollicite tractavit, cujus semper prior & potior causa est, *l. 39. de acqui. hæred. l. 89. de reg. jur.* quod reliquum est ad tractationem istam absolvendam, de hæreditate legitima, seu ea, quæ lege ab intestato defertur, pertexere prius voluit, quam ad cæteros per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hæreditates, quæ ab intestato deferuntur, eædem passim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hæreditatum sibi proprium fecerunt, licet testamentaria quoque hæreditas dici possit lege obvenire, *dict. l. 130. de verb. signif.* Sed illæ solæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediate & proxime deferuntur a lege, & a lege sola absque voluntate defuncti: cum testamentariam non ipsa lex deferat, sed delatam a testatore confirmet duntaxat, *dict. leg.* 130. Hinc etiam hæredes legitimi & testamentarii passim oppo-nuntur, *l.* 3. §. 2. *pro soc. l.* 17. §. 1. *l. in plurium* 70. *leg. illud* 77. *de acquir. hæred. l.* 2. *&* tot. *tit. de suis & legit. hared.* Succeditur ab intestato vel ingenuis, vel libertis. De ingenuorum successione tractat priore loco; deinde de successione librorum, & demum *tit.* 8. Hoc autem titulo solum agitur de successione descendentium sive liberorum, quorum in causa *successionis* legitima prima semper ratio habita. Cum autem varia sint liberorum genera, & pro varietate eorum varia quoque jura succedendi ab intestato, eo ordine hic proceditur, ut primi, & statim post descriptionem testati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipsos liberos obtinebant, aut potius soli in causa successionis liberi habebantur, sui scilicet hæredes. Inde §. 9. transitur ad successionem emancipatorum. Postea §. *penult.* commemoratur mutatio juris circa liberas adoptivos. Ad extremum discrimen vetus ex masculis & feminis descendentium tollitur. Quæ mutatio jure novissimo in successione ab intestato facta sit *Novell.* 118. in unoquoque ordine succedentium, suo quæque loco indicabimus, ubi res id postulare videbitur: & denique totum illud jus accuratius tractabimus seorsum, adjectis institutis patris, post explicationem tituli de *succeff. cogn.* qui hujus libri quintus.

TEXTUS.

Definitio intestati.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut si ex eo nemo heres extiterit.

NOTÆ.

Intestatus decedit.) Ex Ulpian. *leg.* 1. *de suis & legit.* Intestatorum hæreditates nomen legitimarum sibi proprium fecerunt, propterea quod immediate a lege deferuntur, *leg.* 130. *de verb. signific.* Impuberes quoque; furiosi, & prodigi suos successores ex lege habent, & ad hos etiam vox *intestatus* licet minus proprie refertur, *dict. leg.* 1.

COMMENTARIUS.

1. *An appellatio intestati etiam ad pupillum, furiosum, prodigum, pertineat?*
2. *Appellatione rupti quid hic significetur?*
3. *Quando successioni ab intestato locus testamento irrito facto?*
4. *De testamento destituto.*

(1) DEscriptio est intestati, cui similis Ulpiani in *l. 1. pr. de suis & legit.* Ait, *qui aut omnino testamentum non fecit.* Testamentum non fecisse, atque ab intestato mortuus esse dicitur non solum is qui non fecit testamentum, cum facere potuerit; verum etiam is, qui cum civis Rom. esset, & sui juris, propter ætatem aliamve causam testari non potuit, ut pupillus, furiosus, prodigus, *dict. leg.* 3. *in pr.* quamvis, si quis captare velit verbum *intestatus*, non videantur hi proprie dici intestati: siquidem ubi habitus non est, non potest esse privatio. Sed cum duo tantum genera successionum jus civile agnoscat; ex testamento, ab intestato; cui synonyma ex lege, impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habent; vox *intestatus*, ut forte minus proprie, ex sententia tamen legum accipienda fuit, non utique pro negatione *privante*, sed pro negatione, quæ a Philosophis *negans dicitur*. Adde, quod tametsi ipsi non possunt, possunt tamen parentes iis testamentum facere. Successorum impuberum ab intestato mentio est in *l.* 4. §. 3. *qui pet. pet. tut. l. 9. de reb. dub. l. vel singulis* 37. *de vulg. & pup. l. 6. C. ad SC. Tertyll. l.* 10. *C. de legit. hæred.* Quamobrem dubitandum non est, quin recte sentiant, qui cum Bart. *in d. l. de suis & legis.* statuta de successione intestati loquentia ad supradictas quoque personas pertinere statuunt. Consule Forster. *lib.* 3. *de hær. quæ ab int.* c. 4.

Non jure fecit.) Puto quod legitimum numerum testium non adhibuerit, aliasve solemnitates, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, omiserit: aut quod liberos, quos in potestate habebat, hæredes non instituerit, aut exhæredaverit, secundum ea, quæ tradita sunt libro superiore, *tit. de exhær. lib.*

(1) *Ruptum.*) Rumpi testamentum proprie dicitur, cum testatore manente in eodem statu jus testamenti vitiatur. §. 1. *supr. quib. mod. test. infr.* Ex duobus vero modis, quibus testamentum rumpi docemur, *leg.* 1. *de injust. rup. test. & d.* §. 1. *cum seq.* unus tantum huc pertinet, agnatio sui hæredis: nam mutatione voluntatis testatoris aliud testamentum postea facientis, etsi prius quidem etiam rumpitur, tamen ei non succeditur ab intestato, sed hæreditas defertur ex posteriori. Plane mutatio voluntatis, in qua testator subsistit, puta si tabulas testamenti inciderit, scripturam deleverit, cancellaverit, signa avulserit, intestatum eum facit, *tit. de hær. qual. & diff.* Irritum testamentum proprie dicitur, quod ab initio non valuit, *l. 1. de reg. jur.* Quod vel ex eo manifestum est, quod testamentum, quod ruptum est, irritum fieri non possit, *l. 1. de injust. rupt.* Irritum testamentum fit, si testator civitatem Romanam, libertatem, familiam amittat, *l. 12. de injust. rupt.* Irritum fit testamentum, si testator se adrogandum dederit, *l. penult. §. 2. de bon. poss. sec. tab.* Irritum fit testamentum, si testator capitis deminutionem patiatur, *l. 11. de injust. rupt.* Irritum fit testamentum, si testator bona sua publicata habeat, *l. 6. §. 1. de bon. poss. sec. tab.* Irritum fit testamentum, si testator in insulam deportatus sit, *l. 1. §. 1. de bon. eor. qui ante sent.* Irritum fit testamentum, si testator in servitutem redactus sit, *l. 1. §. 1. de his qui sui vel alien.* Irritum fit testamentum, si testator ab hostibus captus sit, *l. 12. §. 1. de captiv. & postlim. rev.* Irritum fit testamentum, si testator mortuus sit, *l. 1. §. 1. de his quæ in test. del.* Irritum fit testamentum, si testator ab hostibus captus sit, *l. 12. §. 1. de captiv. & postlim. rev.* Irritum fit testamentum, si testator mortuus sit, *l. 1. §. 1. de his quæ in test. del. l. 1. §. penult. si tab. test. null. extr. l. penul. Cod. de test.* Rescisso quoque testamento per querelam inofficiosi paterfamil. intestatus fit: ac retroversus perinde omnia habenda, ac si hæreditas numquam adita esset, *l. 6. §. 1. l. 21. §. 2. de inoff. testam. l. ut liberis* 17. *C. de coll.* idemque est, si petita bonorum possessio contra tabulas, *d. l. ut liberi.* 77. De quo forrassis alibi diligentius.

(3) *Irritumve factum.*) Si testamentum irritum factum in speciali significatione accipimus, nempe pro testamento, quod per testatoris capitis deminutionem infirmatus est, quo modo fere accipi solet, cum opponitur testamento rupto, §. 4. & 5. *supr. quib. mod. test. infr. l. 12. de injust. rupt.* non video quomodo id ad quæstionem propositam applicari queat: nam per capitis deminutionem testatoris, qualiscumque ea sit, non tantum irritum fit testamentum, quod antea factum est; sed per eam etiam persona testatoris in eum statum deducitur, ut simul jus testamenti faciendi amittat, atque adeo bona quoque ipsa, ut nec hæredem ab intestato habere possit. Quod si respicimus casum, quo capite minuti, mutata iterum conditione, bona & hæredem habere possunt, veluti si deportatus beneficio Principis restitutus sit, adrogatus sui juris iterum factus, atque ita decesserit non condito novo testamento: ne sic quidem pro intestatis habentur, saltem jure prætorio. Nam restituti quidem testamentum etiam citra novam declarationem voluntatis convalescit, *leg. 6. §. penult. de injust. rupt.* itemque sui juris effecti, si codicillis aut aliis litteris declaraverit, se eo testamento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere, *leg. penult. §. 2. de bon. poss. sec. eab.* ut proinde, si verba, ut dictum est, stricte accipimus, unus tantum casus relinquatur, qui huc accommodari possit, si is, qui sui juris postea effectus, voluntatem, quam irritam fecerat capitis deminutio, recenti aliquo judicio non resuscitaverit. Quid si dicamus, de irrito additum propter jus civile, quo hæreditas ex testamento, quod semel irritum factum est, nullo casu defertur? Sane causa non habet Bachovius, cur cautius Tribonianum loqui velit, quam locutus est Ulpian. *in d. l. 1. de suis & legit. hær.*

Nemo hæres extiterit.) Etiam id testamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet, §. 2. *supr. quib. mod. testam. infr. l. 9. de test. tut.* ac proinde non adita hæreditate paterfamil. retroversus intestatus decessisse intelligitur, *l. 64. de verbor. signifi.* (a) Hoc autem casu in specie dicitur testamentum destitui aut deseri, §. 7. 8. *infra eod.* §. 2. *Inst. de leg. Falcid. l. ult. in fin. de cond. inst.* nonnunquam etiam irritum fieri, ut in *l. de injust. rupt. l.* 20. *cont. tabb. l.* 50. *de man. test.* tamen ab irrito, strictius accepto vocabulo, distinguitur in *d. leg.* 1. *de suis & leg. hær.* unde hic locus descriptus est. Itaque sine causa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod destitutum testamentum hoc loco separat ab irrito. In transitu observetur, etsi utroque modo fiat, ut intestatus decessisse quis intelligatur; & is, cujus testamentum post mortem deseritur, & cujus testamentum ipso adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis & effectu succedendi insignem inter hunc & illum modum esse differentiam, quam videbimus in §. *cum autem 7. infr. eod.* R §. *proximus 6. tit. seq.*

TEX-

TEXTUS.

Primus ordo succedentium ab intestato.

1. *Intestatorum autem hæreditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos hæredes pertinent.*

COMMENTARIUS.

NON repetitur inter reliquias legis duodecim tabularum caput aliquod, quod, mortuo patrefamilias intestato, sui hæredes nominatim ad successionem vocentur. Cæterum non ambigo quin proprio etiam capite & separatim de hac successione caverint decemviri, *arg. §. 2. sup. de hær. qual. & diff. l. 3. C. de suis & leg. lib.* & quidem mox immediate post legem testamentariam: quod mihi non obscure ostendere videtur caput legis de successione agnatorum, quod extat apud Ulp. in *fragm. tit. 26.* in hæc verba: *At si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primum enim verba hæc, *At si intestatus*, arguunt, paulo ante cautum fuisse de successione testamentaria, confirmatasque defunctorum voluntates, data cuique patrif. libera testandi potestate; quæ legis illa particula est relata his verbis a Pomponio in *l. 120. de verb. sign.* Uti *quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, & plenius a Cic. *lib. 6. de invent.* & Cornificio *lib. 1. Retor. ad Heren.* Deinde verba sequentia, *cui suus hæres nec extabit*, aperte ostendant, proxime præcessisse & interjectum fuisse inter hoc & illud de testamentis caput de successione ab intestato, & quidem quo sui hæredes primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos suos hæredes dumtaxat lex successionem hanc pertinere voluerit, alibi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum dicetur in sequentibus. VINN. Proprio capite & singulari lege de successione suorum egisse decemviros, non adeo expeditum est, idque merito negare videtur Gothofr. *ad Leg. 12. Tab. 5. p. 204. seqq.* Cæterum fundamentum totius successionis legitimæ a decemviris stabilitæ est conservatio gentium. Hinc est, quod quicumque non erant ejusdem gentis, ab hæreditate legitima excluderentur. Succedebant itaque sui, non emancipati, non in adoptionem dati, non illegitimi, quia hi omnes non erant pars familiæ paternæ. Post suos vocabantur agnati, & his deficientibus gentiles, non cognati, qui alterius erant gentis. Uxor, quæ in manum convenerat, defuncto succedebat, quia particeps erat gentis & sacrorum mariti, adeoque non vocabatur uxor, quæ in manum non convenerat, quippe alienæ gentis. Et hinc est, quod hæreditates legitimas veteres vocant GENTILITIAS quasi quæ soli defuncti genti debeantur. Loca veterum, quæ huc pertinent, jam collegit laudatus Gothofr. *ib. p. 204.* Conf. omnino Ill. Bynkersh. *Obs. lib. 11. cap. 1.* HEIN.

TEXTUS.

Qui sunt sui hæredes.

2. *Sui autem hæredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint: veluti filius filiæve, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio natus prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati secundum Divalium constitutionum, quæ super his posita sunt, tenorem, hæredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, ut si quis mulierem in suo conturbenio copulaverit, non ob initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulit, postea vero affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit, non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse; sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus & si non progeniti fuerint posi dotale instrumentum confectum Ulpii, turi infam non ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve suorum hæredum in numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit; nepos ex eo suus hæres esse non potest. Idque & in cæteris liberorum personis dictum intelligimus. Posthumi quoque, si vivo patri nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui hæredes sunt.*

NOTÆ.

2. *Divalium constitutionum*) *l. 3. l. 4. Cod. de nat. lib.* add. *Nov. 89. cap. 2.*

Nostræ amplexæ constitutionis) *l. 10. l. 11. Cod. de nat. lib. §. ult. de nupt.* add. *Nov. 74. Nov. 86. cap. 8.* Huc etiam pertinent legitimati per rescriptum Principis, *d. Nov. 89. cap. 9.*

Posthumi, &c. in potestate ejus) Addendum, si nemo eos gradu præcedat, *§. pen. sup. de tutel.*

COMMENTARIUS.

1. *Legitimati an ad Feudi successionem admittantur?*
2. *Cessare hodie edictum de conjug. cum emanc. lib.*

HIC §. prolixus est, sed planus, continet enim repetitionem eorum, quæ jam ante diversis in locis tradita & illustrata sunt, maxime in *§. ult. supr. de nupt. §. 2 de exhær. lib. §. 2. de hær. qual.* ut novam explicationem non magnopere desideret. Si hæredes ita a nobis, *d. §. 1. de hær. qual.* definiti sunt, liberi defuncti, qui in potestate morientis fuerunt, & tempore delatæ hæreditatis primum in familia defuncti gradum obtinent; quæ definitio modis omnibus perfecta est, ut patet ex hoc textu, junct. *§. 7. inf. eod. l. 6. de injust. rupt. l. 7. unde lib.*

Pronepos proneptisve) Ordo est, *pronepos proneptisve, prognatus prognatave ex nepote nato ex filio*; hoc est, ex nepote, qui non ex filia, sed ex filio susceptus sit: nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris non matris familiam sequuntur, *l. familiæ 196. §. 1. de verb. signif.* Pertinent quidem huc ex novo jure, sed de eo nondum tempus est dicendi.

Nec interest, utrum naturales sint, an adoptivi) Per naturales intelligit ex justo matrimonio natos, quam perpetuam naturalium liberorum significationem esse, cum opponuntur adoptivis, docuimus in *d. §. ult. de nupt.* Adoptivi in causa successionis ab intestato eadem conditione sunt, qua naturales, non veteri solum jure,

leg. 1. §. 2. de suis & legis, sed etiam novo, ex constitutione Justiniani, qui jus succedendi ab intestato integrum conservavit etiam his, qui adoptati sunt ab extraneo, *l. pen. §. 1. C. do adopt.* Sed de horum successione plura *inf. §. 13. & 14.*

Quibus connumerari, &c.) Recenset hic duos modos, quibus liberi extra nuptias quæsiti, cæterum nati ex concubina muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus suorum hæredum nanciscuntur ex suis vel anteriorum Principum constitutionibus; si cuiis oblati fuerint; si mater postea uxor ducta; & nimirum eos ipsos modos, quibus tradidit, liberos natos ex pareutibus non conjugatis legitimos effici & in potestate patris, *d. §. ult. de nupt.* Idem jus concessum legitimatis per rescriptum Principis: cui modus confirmandæ paternæ originis postea accessit, *Nov. 74. & 89.* revisæ, quæ *supr. ad d. §. ult.*

Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti) Cum constitutio Justiniani in *l. 10. C. de nat. liber.* qua natos ex concubina, quæ procedente deinde affectione uxor ducta sit, patri suo legitimos fieri voluit, stricte a nonnullis accepta esset, quasi eo tantum casu legitimos eos fieri Justinianus voluisset, quo ex matrimonio secuto quoque liberi nati forent superioribus fratres & sorores, quod ex verbis constitutionis colligebant: Justinianus nova & speciali constitutione mentem suam plenius exposuit, atque expresse jussit natos ante matrimonium etiam eo casu legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio postea contracto nati fuerint, aut nati ex hac luce subtracti. Extat constitutio in *l. 11. de nat. lib.* Hinc apparet, meridose legi textum, qui claudit *d. §. ult. de nupt.* & omnino restituendam esse lectionem sic, ut ex Hotomanno eam illic restituimus. Jure feudali ad feudi successionem soli videntur admitti, qui legitime nati sunt, exclusis omnibus legitimatis, *lib. 3. Feud. tit. 26. vers. naturales.* (1) Vult. 1. *feud.* 9. Sonsbech. *de feud. lit. 1. pag. 9. n. 72.* Hotom. *ad d. vers. naturales*, quamvis major pars Interpretum excipiat legitimatos per subsequens matrimonium. Feudistæ post Andr. de Isernia in *d. vers. naturales*, Curt. *jun. feud. p. 1. 2. memb. 3. p. princ. n. 41.* Zas. *de feud. p. 8.* D. Tulden. *comm. hic c. 13.* quo jure etiam nos utimur. Neostad. *c. 5. de feud. Holland succes. n. 79.* Distinguunt quoque inter legitimationem Principis simplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit. Curt. *d. loc. n. 39.* Zas. *ibid.* Borcholt. *de feud. cap. 7.* Sed de hoc item dictum sub *§. ult. de nupt.*

Ita demum nepos neptisve) Quamvis semper filius qui est in potestate, simul suus hæres sit: ut persona tamen nepotis & cæterorum descendentium sæpe contingit, ut in potestate sint adscendentium, nec tamen numerentur inter suos hæredes; puta si nepotem filius, proneporem filius aut nepos præcedant. Nam ad jus sui hæredis non sufficit esse in potestate, nisi simul proximum a defuncto gradum obtineat, hoc est, nemo te in tuo ordine antecedat. Ideoque ut nepos, verbi causa, jus sui hæredis consequatur, necesse est primum filium de familia sublatum esse: tunc autem statum in patris sui locum succedit, & quasi agnascendo jus sui hæredis in familia avi nanciscitur, de quo fusius sub *§. 2. de exhær. lib. & §. 2. de hær. qual.* Diserte autem locutus est de nepotibus & neptibus ex filio, omissis consulto natis ex filia, quod hi uti extra familiam avi materni nascuntur, ita & manent matre sublata. Postea tamen vocati sunt ex constitutionibus, & ante agnatos admissi, *§. ult. inf. eod.* & plenissimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio suis hæredibus, *Nov. 118. c. 1.*

Sive alia ratione, veluti emancipatione) Sed hodie quoad effectum succedendi nepotes in potestate retenti in locum patris sui emancipati non succedunt, aut jus suorum hæredum consequuntur: verum filius nepotem ex se natum semper excludit, *d. Nov. 118. c. 1.* ut nec amplius locus sit edicto *de conjug. cum emanc. lib.* Multoque magis obstabunt nepotibus ex iis natis, quos dignitas de potestate patria exemit: quippe quibus jura suorum hæredum integra conservari voluit Justinianus. *Nov. 8. cap. 2.*

Posthumi quoque) Posthumi, qui vivo parente nati in ejus fuissent potestate, primumque gradum in familia obtinuissent, suorum hæredum numero sunt, *§. pen. de tutel.* sicut & in aliis fere omnibus juris partubus, qui in utero sunt, pro jam natis habentur; quoties de eorum commodo agitur, *l. 7. & pen. de stat. hom.* De diversis posthumorum generibus tractatum *sup. §. 1. & seq. de exhib. lib. & §. posthumo 36. de legat.*

TEXTUS.

Quomodo sui hæredes fiunt?

1. *Sui autem hæredes fiunt etiam ignorantes, & licet furiosi sint, hæredes possunt existere; quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim a morte parentis quasi continuatur dominium: & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus acquiratur suis hæredibus hæreditas; nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.*

NOTÆ.

3. *Etiam ignorantes*) Nimirum quia ipso jure, *l. 14. de sui. & legit.* fac. *l. 1. §. 7. si quis nom. c. test.* cujus rei effectum cernere est in *l. 3. C. de jur. delib.* Jure civili etiam inviti: cæterum Prætoris beneficio jus abstinendi habent, *§. 2. sup. de hær. qual.*

Continuatur dominium) *l. 11. de lib. & posthum.* vid. *sup. d. §. 2. de hær. qual.* non tamen possessio, *l. 23. de acq. poss.* facit *l. 19. ex quibus ea.*

COMMENTARIUS.

2. *An uti dominium, ita & possessio rerum hæreditariarum suis hæredibus continuetur.*

HOC quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata sunt *§. 2. de hær. qual.* Ait *ignorantes.* Sui hæredes ipso jure, id est, sine ullo suo facto aut voluntate, sola juris potestate hæredes fiunt: & ideo, non, ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, sed hæredes existere, *leg. 14. de suis & leg. hær.* Quo jure posito consequens est, ut hæredes existant etiam ignorantes, atque hinc si quis ex suis hæredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans patrem decessisse, nihilominus tamen hæreditatem patris ut jam potestate juris quæsitam, ad quoscunque hæredes transmittit, *leg. 3. Cod. de jur. delib.* Quin etiam inviti & nolentes hæredes fiunt, eaque de causa necessarii quoque hæredes appellantur, *dict. §. 2.* cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abstinendi habent, *dict. §. 2.*

& tamen post abstentionem nihilominus hæredes manent, quoad multa effecta. Unde illud, non est sine hærede, qui suum hæredem habet: licet abstinentem se, *l. cum quasi* 30. §. *sed etsi* 10. *de fideicomm. libert.* Sed repete notata ad *d.* §. 2. quo loco etiam monuimus, jure harum regionum hæredes omnes esse voluntarios.

Et licet furiosi) *l. furiosus* 63. *de acquir. hæred. leg. ult.* §. 2. *Cod. de cur. fur.* Hoc autem & ipsum ex jure superiore necessario sequitur: quia ut ait, quibus ex causis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus acquiri potest & furiosis: quod & alibi traditum, *l.* 12. *de reb. cred. l.* 24. *de obl. & act.* eademque ratio & infantis & pupilli est. Paul. *apud Russinum tit. de legit. success.*

A morte parentum continuatur dominium) Suis non tam acquiritur hæreditas, quam dominium continuatur, *l.* 11. *de lib. & post.* Ob eam enim causam sui dicuntur, quod non alienarum, sed suarum quodammodo rerum hæredes esse videantur: quippe suus hæres patri vivo quam cohæres, & communium bonorum socius est, ut illo mortuo, non novum acquirat dominium, sed quod prius cœptum erat, tunc plenius habere incipit, *dict. l.* 11. *d.* §. *de hæred. qual.* cumque ipso mortis momento statim hæres existat, *l.* 7. §. *qui sunt* 7. *si quis om. ca. test.* jacere hæreditas numquam dici potest: pulcherrime Hotom. 9. *observ.* 10. Cæterum non ut rerum hæreditariarum dominium, ita & possessio, suis hæredibus continuatur: quoniam possessio, cum facti sit, citra naturalem rei apprehensionem non acquiritur, *l.* 1. §. 3. *l.* 3. §. 1. *l.* 8. *de acquir. poss. l.* 19. *ex quibus ca. maj.* Et quod traditum est in *l. cum hærede* 23. *de acq. poss.* adita hæreditate jura quidem omnia ad hæredem transire, possessionem vero non transire, nisi naturaliter apprehensa sit; id non magis ad extraneos pertinet, quam ad suos hæredes. Nam utut concedamus, existentiam in suis hæredibus parem vim habere cum aditione in extraneis, majorem tamen vim ei inesse putare & fortius operari valde absurdum est. Immo eamdem prorsus vim habet aditio in hæredibus extraneis, quam in suis immixtio. Movere neminem debet, quod in *l. cum miles* 30. *ex quib. ca. maj.* apud Paulum scriptum est, possessionem defuncti quasi junctam descendere ab hærede: de effectu enim usucapiendi loquitur; quod quoad hunc effectum, qui sine possessione nullus est, *leg.* 25. *de usuc.* ipsa simul possessio transire videatur, propterea quod tempora possessionis defuncti & hæredis ita conjunguntur, ut usucapio numquam interrupta videatur, *leg. nunquam* 31. §. *pen. dict. tit.* Alioqui contra jus expressum inferri posset, etiam hæreditatem jacentem possidere, quoniam usucapio a defuncto cœpta etiam ante hæreditatem adiram impleri potest, *leg. cœpta* 40. *de usucap.* Illud nimis jejunium est, quod vulgo objicitur, dominium non acquiri sine possessione: nam hoc ad modos acquirendi, qui sunt ex jure gentium, pertinet: in civilibus autem acquisitionibus non est perpetuum *leg. a Titio* 64. *de furt. l.* 19. §. 1. *quemad. serv. am.* add. Vigil. *ad dict.* §. 2. *hær. qual.* Gail. 2. *observ.* 129. Mynsing. 3. *observ.* 38. Ant. Fab. *Cod. suo de inoff. testam. defin.* 4. Christ. *vol.* 2. *dec.* 27. In Burgundia & tota fere Gallia obtinet illud, *Le mort saisit le vif.* Tiraquel. *in isto tract.* Chassan. *de success. rubr.* 7. §. 1. VINN. Elegans ratio, cur possessio ad hæredes non transeat, redditur in *l.* 1. §. 15. *ff. si quis testam. liber. esse just.* quia videlicet ea tantum, quæ hæreditatis sunt, in hæredem transfunditur: possessio autem hæreditatis esse negatur. HEIN.

Nec tutoris auctoritate) Hoc quoque consectarium, ut & quod mox sequitur, ex eadem juris ratione est. In extranei hæreditate contra observatur: quippe quam pupillus sibi delatam adeundo acquirere non potest sine tutoris auctoritate, *l.* 9. *l. pupillum* 49. *de acquir. hæred.* etiamsi perspicue lucrosa sit, neque ullum ab aditione periculum immineat, *l.* 9. §. *de auct. tut.* §. 1. *sup. eod. tit.* Pupillis infantibus quomodo extranei hæreditas acquiratur, cognosces obiter ex *l. servo* 65. §. 3. *ad SC. Trebel. leg.* 18. *Cod. de jur. deliber.* tractatio non est hujus loci.

Nec curatoris assensu furioso) Immo nihil curatoris assensu furioso acquiri potest; ac proinde nec hæreditas extranei: cum per rerum naturam fieri non possit, ut consensus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas est. Sed nec ipse curator nomine furiosi hæreditatem jure civili adire potest. Plane potest, si velit bonorum possessionem nomine furiosi cognoscere, *leg.* 1. *de bon. poss. fur.* immo ex constitutione Justiniani etiam debet, ubi manifesta est furiosi utilitas, *l. ultim.* §. 3. *SC. de cur. fur.*

TEXTUS.

De filio post mortem patris ab hostibus reverso.

4. *Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus hæres non fuerit, tamen suus hæres parenti officitur: veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui: jus enim postliminii hoc facit.*

COMMENTARIUS.

Licet in potestate parentis, &c. non fuerit) Respicit ad id, quod dixit initio §. Et suos hæredes esse liberos, qui in potestate sunt, quo tempore parens moritur: unde hic excipit casum, quo filius ab hostibus captus post mortem patris revertitur. At enim si fictionem postliminii consideramus, nulla hic exceptio est; nam cum postliminium fingat, eum, qui ad suos reversus est, semper in civitate fuisse; secundum hanc fictionem etiam tempore mortis patris in potestate fuit. Verum Imperator excipiendo spectat rei veritatem: revera enim suus hæres non est, nec in potestate morientis patris, qui eo tempore in potestate est hostium. Sic & filius ejus, qui apud hostes decessit, invitus hæreditati obligatur: quamvis suus hæres dici non possit (ut ait Jurisconsultus, *l.* 12. *qui test. fac.*) qui in potestate morientis non fuit: & tamen hic etiam in potestate & suus hæres est, ex lege Cornelia, quæ finit, captum ipso momento captivitatis moriturum, & in civitate.

Jus enim postliminii (Impp. Dioclet. & Maxim id fictioni tribuunt legis Corneliæ, *l.* 9. *C. de postlim. rev.* sed abusio est nominum legis Corneliæ pro jure postliminii: nisi sit, [illegible]

TEXTUS.

De memoria patris damnata ob crimen perduellionis.

5. *Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti sit mortis tempore; tamen suus hæres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim hæredem habere non potest, cum fiscus ei succedat:*

ſed poteſt dici, ipſo quidem jure ſuum hæredem eſſe, ſed deſinere.

COMMENTARIUS.

CAſus ſuperioris contrarius, quo ſcilicet ſit, ut qui mortis tempore in poteſtate defuncti eſt, & proximum in familia gradum obtinet, ſuus tamen hæres non efficiatur, quod ait evenire, ſi pater poſt mortem ſuam perduellionis reus judicatus fuerit: & quomodo & Ulpian. hoc extulit, *l.* 1. §. 3. *de ſuis & leg. Interdum*, inquit, *etiam filius ſuus hæres excluditur, fiſco prælato; ut puta ſi perduellionis fuerit damnatus pater poſt mortem ſuam.* Baſil. 45. *tit.* 1. ἐπὶ τυραννίδι κατακριθῇ.

Poſt mortem) Speciale eſt in crimine perduellionis quod accuſatio & cognitio cœpta etiam poſt mortem rei peragitur: nam reliqua fere crimina mortalitate extinguuntur, aut potius criminum perſecutio, *l. ult. ad leg. Jul. maj. tot. tit. C. ſi reus vel accuſat. mort.* Quid interſit crimen majeſtatis & perduellionis, demonſtrabitur alio loco.

Memoria ejus damnata) Gravius & ſeverius eſt, memoriam alicujus damnari, quam perſecutionem criminis poſt mortem durare. Perſecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus, repetundarum, de reſiduis, *l. ex judiciorum* 20. *de accuſ. leg. ult. ad leg. Jul. pecul.* At memoria rei damnatur in ſolo judicio perduellionis, lata in ipſum mortuum ſententia, per quam, quaſi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, *l. ult. C. ad leg. Jul. mai.*

Suum hæredem eſſe, ſed deſinere) Patre mortis ſuæ tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non poteſt non ſuus *hæres* eſſe, cum, ut dictum eſt, ſtatim a tempore mortis hæreditas ſuis hæredibus acquiratur: ſed quia tempus ſententiæ & ſecutæ poſtea condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admiſſi criminis, fit, ut jus ſuitatis extinguatur, aut potius perinde habendum ſit, ac ſi mortis tempore ſuus hæres non fuiſſet, & jam a die contracti criminis deſiiſſet eſſe in poteſtate, *argum. l.* 14. *leg. donationes* 31. §. *ultim. de donat. l. ult. ad leg. Jul. maj.*

TEXTUS.

De Diviſione hæreditatis inter ſuos hæredes.

[*6. Cum filius filiave & ex altero filio nepos neptiſve exiſtunt, pariter ad hæreditatem avi vocantur, nec quia gradu proximior eſt, ulteriorem excludit. Æquum enim eſſe videtur, nepotes nepteſve in patris ſui locum ſuccedere. Pari ratione & ſi nepos neptiſve ſit ex filio, & ex nepote pronepos proneptiſve ſimul vocantur. Et quia placuit, nepotes nepteſve item pronepotes pronepteſve in parentis ſui locum ſuccedere, conveniens eſſe viſum eſt, non in capita, ſed in ſtirpes, hæreditatem dividi: ut filius partem dimidiam hæreditatis habeat, & ex altero filio duo plureſve nepotes alteram dimidiam. Item ſi ex duobus filiis nepotes nepteſve exiſtant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit in capita, quid in ſtirpes ſuccedere?*
2. *Succeſſionis in ſtirpes jure veteri uſum tantum inter ſuos hæredes fuiſſe, & hujus ſucceſſionis ratio.*
3 *Quatenus hæc ſucceſſio procedente tempore extenſa?*
4 *Cur in ea proximior ulteriorem non excludat?*
5 *Illuſtratur aliis quibuſdam exemplis.*
6 *Etiam ubi ſoli ſunt nepotes ex diverſis filiis, in ſtirpes familiam erciſci.*

LOcus eſt notabilis, in quo agitur de ratione ſuccedendi & diviſione hæreditatis inter ſuos hæredes primi & ſequentium graduum, Deſcriptus autem eſt ex Cajo *lib.* 3. *Inſt.* apud Rufin. *tit. de legit. ſucceſſ.* (1) Omnis ab inteſtato ſucceſſio aut eſt in capita, aut in ſtirpes. In capita, κατὰ κεφαλὰς ſuccedi dicitur, cum in tot partes hæreditas dividitur, quot ſunt capita ſive perſonæ ſuccedentium; in ſtirpes, κατὰ ϛέρος, cum pro numero ſtirpium ſecatur; ut qui ſunt ex una ſtirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantum, partem alteram. Capita ſunt perſonæ, unius aut plurium ſtirpium. Stirpes ſunt generis origines; veluti filius eſt ſtirps nepotum, nepos ſtirps pronepotum. In capita toties ſucceditur, quoties perſonæ ſuccedentium proprio jure & ex ſua perſona veniunt: in ſtirpes, cum veniunt jure repræſentationis, id eſt, ex perſona ejus, in cujus jus & locum ſucceſſerunt. (2) Et ſucceſſionis quidem in ſtirpes jure veteri inter deſcendentes tantum eoſque deſcendentium ſolus uſus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus ſucceſſione agebatur, poteſtate & familia proximi mortis tempore inventi eſſent, filiis puta aut nepotibus præmortuis emancipatiſve, *l.* 1. §. 4. *de ſuis & legit. hæred. l.* 2. *l.* 3. *C. eod. l.* 8 *quoniam* 8. *ff. de inoff. teſt.* Ulp. *tit.* 26. §. 1. Cajus *lib.* 2. *tit.* 8. §. 2. Etenim ratio ſuccedendi in ſtirpes, ut ex citatis locis intelligere licet, tota eſt ex jure ſingulari ſuorum hæredum: nec aliud fundamentum habet, quam quod filiifam. vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti ſunt, *l.* 11. *de lib. & poſth.* §. 2. *ſup. de hær. qual.* & jam hæredes κατὰ πρόσωπον: quodque hinc filio e familia patris ſublato, ſtatim nepotes ex eo in locum ejus & gradum ſuccedunt, & jus ſui hæredis idem illud, quod pater ante habuit, quaſi perſona ejus induta in familia avi nanciſcuntur, *d. l.* 1. §. 4. *de ſuos & legit.* §. 2. *ſup. de exhær. lib. l.* 13. *de injuſt. rupt.* Hoc ſiquidem jure conſtituto, conſequens omnino eſt, ut nepotes & deinceps ex maſculis deſcendentes in ſucceſſione avi ab inteſtato & cæterorum per partem adſcendentium in ſtirpes veniant, ut qui ſunt ex una ſtirpe, licet plures numero, non amplius conſequantur quam parens eorum, cujus perſonam repræſentant, laturus fuiſſet, & quam capiunt ex alia ſtirpe forte pauciores, *dict. leg.* 8. §. *quoniam* 8. *de inoff. teſtam. dict. l.* 2. *Cod. de ſuis & legit. lib.* Cæterum poſtquam exemplo ſuorum hæredum matris etiam & aviæ hæreditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in ſucceſſione parentum exæquata, placuit & hic quoque eamdem rationem in diviſione hæreditatis inter liberos primi, & inferiorum graduum ſervari. §. *ultim. ſub. fin. leg.* 9. *Cod. de ſuis & legib. Novell.* 118. *cap.* 1. In linea quoque collaterali fratrum & ſororum filii jure repræſentationis ſeu in ſtirpes veniunt cum defuncti fra-

ti fratribus ex eadem nova Justiniani constitutione 118. *cap.* 3.

Nec qui gradu proximior, ulteriorem excludit) Quam tamen excluderet, nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere, & jure præsentationis quasi eodem gradu cum proximiore existentem ad successionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum sit, quod præcedit, *pariter ad hæreditatem vocantur*, nempe non de æqualitate partium hæreditatis, in quas succeditur, sed de pari ac æquali jure successionis, quod scilicet nepotes etiam locum patris ingressi, ut sui hæredes, & ideo æquali jure & pariter sive simul cum patruis suis ad successionem avi vocentur, *leg.* 3. *Cod. de suis & leg. lib.* Quod autem in specie illic proposita etiam hæreditas in partes æquales dividi debet; ex accidenti est, ubi nepos ex uno filio & alter filius soli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve) Et pari item ratione si sit ex nepote pronepos proneptisve, & ex altero pronepote abnepos vel abneptis, simul vocabuntur. Nam jus repræsentationis intra certum descendentium gradum conclusum non est, per *l.* 1. §. *liberos* 7. *de conj. cum emanc. lib. Nov.* 118. *c.* 1. Nec aliud hoc loco propositum Justiniano fuit, quam exemplis, quæ forte hic attulit, declarare, quomodo remotiores concurrentes cum proximioribus succedant: quæ & communis est Interpretum nostrorum sententia, vid. Gomez. 1. *var. resolut. cap.* 1. *n.* 15. Schrad. *de feud. part.* 7. *cap.* 5. *n.* 41.

In parentis sui locum succedere) Ratio successionis in stirpes: quæ modo a nobis fuse explicata est. Ait, ex *altero filio duo plureve*: quare & si unus tantum sit filius, & ex altero filio sex nepotes, ille unus integrum semissem hæreditatis, & tantum solus, quantum nepotes omnes, habebit. Quod si plures sint filii, singuli tantum capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo universi. Et convenienter, si duo aut plures sint nepotes ex diversis filiis, & ex alio nepote pronepotes, hi pronepotes universi non plus ferent, quam nepotum singuli. Quibus casibus mixta est successio. Observandum autem est, non minus neptes ex filio, quam nepotes in locum parentum succedere, *l.* 1. §. *non minus* 5. *de suis & legit.*

Item si ex duobus filiis nepotes) Exemplum simplicis successionis in stirpes, cum soli sint nepotes ex diversis filiis: & hoc casu maxime est conspicua vis repræsentationis, quæ ex jure suitatis primam traxit originem. Licet enim omnes hic pari gradu sint, ut proprio singuli jure succedere posse videantur, tamen postquam semel placuit, nepotes in locum patris sui demortui aliave ratione exuti jure sui hæredis, succedere, non debet hoc jus ex accidenti aliquo variari, puta ut soli nepotes ex diversis filiis, & numero inæquales, seu pauciores cum pluribus ex hac vel illa stirpe concurrentes, in capita hæreditatem dividerent, *l.* 2. *C. de suis & legis hæred.* Quare sic in universum recte definies, descendentes ex masculis omnes, qui sunt diversarum stirpium, quantumvis ejusdem omnes gradus, in stirpes, non in capita succedere.

TEXTUS.

Quo tempore suitatis spectatur?

7. *Cum autem quæritur, an quis suus hæres existere possit, eo tempore quærendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse: quod accidet & destituto testamento. Hac ratione si filius exhæredatus fuerit & extraneus hæres institutus, & filio mortuo postea certum fuerit; hæredem institutum ex testamento non fieri hæredem, aut quia noluit esse hæres, aut quia non potuit, nepos avo suus hæres existet, quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos, & hoc certum est.*

NOTÆ.

7. *Destituto testamento*) Eo quod nemo hæres exiterit: quæ destitutio patremfam. ex eo tempore intestatum facit, *l.* 1. *de suis & leg.* Extra hunc casum idem semper est tempus mortis & delatæ hæreditatis.

Nepos avo suus hæres) Nec obstat, quod filius patri superstes fuit, filio non est delata hæreditas, utpote jam mortuo, quo tempore defertur ab intestato *d. l.* 1. §. 6. *de suis & leg.* junct. *l.* 39. *de acquir. hær.*

COMMENTARIUS.

1 & 3. *Quando quæstioni propositæ locus?*
2 *Plura exempla huc pertinentia.*
3. *Removentur quæ huc aliqui posse videntur.*

ETsi certum est, in causa successionis ab intestato primum locum obtinere suos hæredes, tractari tamen potest, quo tempore inspiciendum sit, an aliquis suus hæres existere possit, mortisne defuncti tantum, an etiam aliàs delatæ ab intestato hæreditatis. Enimvero hæc quæstio locum habere non potest, cum nullum testamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo casu palam est, tempus mortis a tempore delatæ hæreditatis non separari: ac ne tunc quidem, cum testamentum factum est, sed vivo adhuc testatore vitiatum aut destructum: nam hic quoque necesse est, ut tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat testamentum, concurrat. At locum habet in casu testamenti, hoc est, cum irritum constituitur testamentum, quod jure factum erat, post mortem testatoris, eo quod hæres scriptus ex testamento hæreditatem non adierit. Cum enim lex hæreditatem nemini deferat ab intestato, quamdiu ea ex testamento adiri potest, *leg. quamdiu* 39. *de acquir. hæred.* hic jam tractationi propositæ locus fit, utrum cum quæritur, an ut quis tamquam suus hæres succedere possit; inspiciendum sit tempus mortis testatoris, quo adhuc sua vis testamento constat, an tempus testamenti deferti, ut sufficiat vel eo tempore suum esse, quo hæreditas ab intestato deferri, seu certum esse incipit, defunctum intestatum decessisse; nam nemque ei ex testamento hæredem fore: quod posterius placuit, *l.* 1. §. *sciendum* 8 *de suis & leg. l.* 6. *in princ. vers. plane de injust. rupt. leg.* 7. *unde lib.* & *hæc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut suus hæres existat, qui eo tempore, quo is, de cujus hæreditate agitur, decessit, suus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hic declaratur, videlicet si patersamil. testamento facto decesserit, exhæredato filio, ex quo ei nepos erat, & post exhæredati mortem contingat institutum hæredem non esse: hoc enim casu nepotem avo suum hæredem existere: quo exemplo etiam utitur Ulpian. *dict. leg.* 1. §. *sciendum* 8. *de suis & leg.* & Papin. *dict. leg.* 7. *unde liber.* Aliud & simile habemus apud Theophilum, si filius exhæredatus, extra-

traneo sub conditione instituto, pendente conditione decesserit, & postea defecerit conditio. Ulpian. *dict.* t. 1. §. *sciendum* 8. etiam exemplum affert in filio sub conditione, quæ fuit in arbitrio ipsius, instituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum successione hujus quæstionis usus est, cum disputatur, quo tempore spectanda proximitas, §. *proximus 6. seq. citat.*

Quod accidit & destituto testamento) Id est, cum ex testamento nemo hæres extiterit, vel quia hæres institutus hæres esse noluit, vel quia non potuit, ut statutus hæres esse noluit, vel quia non potuit, ut statutus hæres esse noluit, vel quia non potuit, ut stat

Quantum ad hæreditatem) Recte quantum ad hæreditatem: nam in aliis rebus, puta privilegiis, cauſis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, nepotes etiam poſt mortem avi concepti pro liberis habentur: & ſunt ſane ſanguine conjuncti omnibus, qui avo fuerunt, aut ab eo deſcendunt, *leg.* 1. §. *pen. de ſuis & leg.* Quod ſuccedant in jus patronatus, docet Paul. *l. Paulus* 47. §. 3. *de bon. libert.* quo argumento admitti videntur & ad fenda, ad emphyteuſim acceptam pro deſcendentibus, item ad jus retractus. D. Tulden. *comm. hic cap.* 3.

Neque bonorum poſſeſſionem petere quaſi proximi cognati) Sicut is, qui poſt mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hæreditatem tamquam ſuus hæres; ita nec bonorum poſſeſſionem tamquam cognatus accipere poteſt, quia ut lex duodecim Tabularum eum vocat ad hæreditatem, qui moriente eo, de cujus bonis agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur, qui vivo eo eſt conceptus; ita Prætor proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerunt, *leg. 6. cum duabus ſeqq. de ſuis & legit. leg. 6. in princ. verſ. plane de injuſt. rupt. leg.* 1. §. *ſi quis* 8. *unde cogn.* Quare quod dictum ſupra eſt, nepotem qui tempore deſerti teſtamenti ſolus & proximus invenitur, avo ſuum hæredem exiſtere, hoc ſic eſt intelligendum, ſi & remoto mortis tempore obſtaculo, aut teſtamento non facto, & nemine eum tunc præcedente, ſtatim jus ſuccedendi habuiſſe, quod habere non poteſt, qui moriente avo in rebus humanis non eſt. Quod vero nepotes cognati appellantur etiam eorum, poſt quorum mortem concepti ſunt, id Julianus ſcribit non proprie, ſed per abuſionem, vel potius καταχρηστικῶς accidere, *leg.* 8. *de ſuis & legit. hær.* Pileus, ut refert Accurſius hic, putavit, nunc etiam poſſe hinc nepotem ſuo jure ſuccedere, ex *Novell.* 118. *cap.* 1. ſed contraria Joannis ſententia pluribus probata eſt, teſtibus Joann. Fab. & Angel. *hic*. Sane *dict. Novell.* nihil juvat opinionem Pilei, utpote, qua tantum tollitur differentia ſexus, gradus, & poteſtatis, add. Bach. in Threut: *vol.* 2. *diſput.* 16. *theſ.* 1. D. Tulden. *in tit. Cod. de ſuis & legit. num.* 4. *& d. cap.* 4. *ad hunc tit.* ubi tamen fatendum eſſe ait, propoſitioni Juſtiniani, qui omnia in hac ſucceſſione ad ſimplicitatem naturæ redigere ſtudet, maxime conſentaneum eſſe, ut hoc quoque emendatum voluerit: ceterum cum id expreſſe non fecerit, hujuſmodi caſu eveniente opus eſſe remedio principali per *leg.* 2. *de rib. eor. qui ſub tut.* VINN. Poteſt tamen nepos, etiam poſt avi mortem conceptus & editus, bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberi aviti petere, quia licet non ſit avo agnatus, eſt tamen liberti aviti patronus, eoque jure ad hujus ſucceſſionem vocatur, *leg.* 47. §. *pen. ff. de bon. libert.* Vid. Balduin. & Giphan. *ad h.* §. HEIN.

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

9. *Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim ſui hæredes ſunt, qui in poteſtate morientis eſſe deficiunt, neque ullo alio jure per legem duodecim Tabularum vocantur. Sed Prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum poſſeſſionem unde liberi, perinde, ac ſi in poteſtate parentis tempore mortis fuiſſent, ſive ſoli ſint, ſive cum ſuis hæredibus concurrant. Itaque duobus liberis exiſtentibus, emancipato uno, & eo qui tempore mortis in poteſtate fuerit, ſane quidem is, qui in poteſtate fuit, ſolus jure civili hæres eſt, & ſolus ſuus hæres; ſi enim emancipatus, beneficio Prætoris, in partem admittitur, evenit, ut ſuus hæres pro parte hæres fiat.*

NOTÆ.

9. *Jure civili nihil juris*) Emancipatio & ſui hæredis & agnationis jus adimit, *leg.* 11. *de ſuis & legit. l.* 1. §. 8. *ad SC. Tertyll. leg.* 7. *de cap. min.*

Prætor naturali æquitate motus) Quia nihilominus liberi manent, ob naturæ vinculum & jus ſanguinis, *l.* 4. *unde lib.* & maxime quia verum nihilominus eſt, ex maſculis eos eſſe procreatos.

Bonorum poſſeſſionem unde liberi) *d. l.* 4. *& paſſ. unde liberi*. Eadem ratione adductus dat teſtamento præteritis bonorum poſſeſſionem contra tab. §. 3. *ſup. de exhær. lib.*

COMMENTARIUS.

1. *Quo ratione motus, & quo colore, Prætor emancipatis deferat bonorum poſſeſſionem unde liberi?*

(1) LIberis emancipatis contingit capitis deminutio per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut late docetur *lib.* 1. Proinde cum nec ſui hæredes ſint, qui in poteſtate eſſe deſierint, nec agnati propter mutationem familiæ: vetus *legitima* hæreditas, quæ lege duodecim *Tabularum* ſuis dumtaxat hæredibus, & poſt hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, *l.* 11. *de ſuis & leg. l.* 1. §. *cap.* 8. *ad SC. Tertyll. l.* 7. *de cap. minus*. Cæterum quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus ſanguinis, *l.* 4. *unde lib. l.* 8. *de reg. jur.* & maxime quia nihilominus verum eſt, ex maſculis eos eſſe procreatos, Prætor his ſuccurrit, reſcinditque capitis deminutionem, ut loquitur Juriſconſultus *l.* 6. §. 2. *in fin. de bon. poſſ.* hoc eſt, perinde emancipatos vocat, ac ſi capite minuti non eſſent, vique ipſa reſtituit iis jus ſuorum hæredum, dum eis defert bonorum poſſeſſionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum una cum ſuis hæredibus admittit. Sic & in ordinatione teſtamenti eadem ratione adductus Prætor, quod jus civile in ſuis tantum hæredibus requirebat, juſſit liberos emancipatos vel hæredes inſtitui vel exhæredari, data præteritis bonorum poſſeſſione contra tabulas, §. *emancipatos* 3. *ſup. de exhær. lib.*

Neque ullo alio jure) Lex duodecim Tabularum ad legitimam hæreditatem vocabat alios jure ſuitatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque ſuos hæredes eſſe, neque alio jure a lege vocari, planum ac perſpicuum ſenſum habet, nec jure agnationis, eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur, patrono mortuo, liberi ejus ad legitimam hæreditatem liberti, *infr. de ſucc. libert.* ac proinde nodum in ſcirpo quærit Hotomannus, dum pro his verbis *per legem duodecim Tabul.* legendum exiſtimat *præter legem*, &c.

Bonorum poſſeſſionem unde liberi) *L.* 4. *& paſſim ſi tab. teſt. nul. ext. l. unde liberi* §. 8. *inf. de bonor. poſſ.* Cæterum ſi quæ propria habent, his, qui in poteſtate manſerunt, conferre debent, *l.* 20. §. 2. *cod. tab. l.* 9. *l.* 18. *Cod. de collat.* Ulpian. *lib.* 2. *inſtitut. apud* Rufin. *tit. de legit. ſucceſſ. Unde liberi* autem dicimus præciſe, pro

pro ex ea parte edicti, unde liberi vocantur: quod in cæteris quoque bonorum possessionibus usuvenit. Sic dicitur bonorum possessio *unde legitimi*, item *unde cognati*, & *unde vir & uxor dict. §. 1. & seq. infr. de bon. poss.*

In partem admittitur) Dimidiam scilicet; εἰς τὸ ἥμισυ. Theop. Nam emancipati apud Prætorem sunt loco suorum hæredum, *titul. seq. in princ. d. §. 1. de bon. poss.* Et expresse scribit Justinianus *leg. ult. §. 1. Cod. de legit. hær.* filium emancipatum in patris successionem sine ulla deminutione a Prætore vocari. Hæc autem bonorum possessio etiam suis hæredibus ex abundanti proposita, *d. §. 1. de bon. poss. leg. 1. §. 6. unde liberi.* Jure novissimo etiam jure civili, emancipati succedunt, *Novell. 118. cap. 1.*

TEXTUS.

Si emancipatus se dederit in adoptionem.

10. *At hi, qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi: si modo cum eis moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æque extraneorum loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineant, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.*

NOTÆ.

10. *Non admittuntur*) Quia alium hi patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *leg. pen. Cod. adoption.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ad bonorum possessionem unde liberi non vocentur, qui a patre emancipati se adrogandos dederunt?*

2 *Cur ab adrogatore emancipati, vivo patre naturali, jus liberorum reciperent, secus si post mortem ejus? & quid hic respectu patris adoptivi?*

(1) QUod dictum fuit, liberos emancipatos beneficio Prætoris vocari ad bonorum possessionem unde liberi, id hic locus docet non esse perpetuum, & primum non pertinere ad eos, qui a patre emancipati se adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc sunt in potestate & familia patris adoptivi. Fac. *leg. ult. unde liberi.* Deinde non pertinere omnino ad emancipatos a patre adoptivo, cum de illius successione quæritur: quæ mox *seqq. §§.* plenius declarantur.

In adoptionem) Manifestum est, verbo generali significari hoc loco speciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur, quippe quæ sola eorum est, qui sunt sui juris, *§. 1. sup. de adopt.*

Non admittuntur) *L. 4. unde liberi.* Etenim Prætori hoc solum propositum fuit, ut succurreret emancipatis, qua tales sunt, idque ratione quadam commiserationis, quæ in iis cessat, qui se dederunt in adrogationem, aliumque sibi patrem quæsiverunt, dum his satis consultum in familia adoptiva, in qua jus suorum hæredum & agnationis nanciscuntur. Ad hæc Prætor emancipatos vocat inter suos hæredes, & tanquam suos, *tit. seq. in princ. l. 6. §. de bonor. poss.* ratio autem non patitur, ut quis jus sui hæredis habeat in duabus familiis.

Quasi liberi) Id est, ex ea edicti parte, qua Prætor ad successionem ab intestato liberos vocat. Quod ideo expressit, quia etsi non admittuntur ut liberi, admittuntur tamen alia parte edicti, quia scilicet vocantur cognati, §. *admonendi* 13. *inf.* Illud satis constat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis deminutionem extinctum est.

(2) *Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur*) Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati sint, Prætor ex humanitate his restituit jus naturale liberorum, quod ademerat adrogatio, perindeque eos admittit ad bonorum possessionem patris naturalis, ac si semper sui juris mansissent, *leg. 4. unde lib.* scilicet quia alioqui foret, ut spe omni destituerentur, atque excluderentur & a patris naturalis successione & adoptivi.

Quod ad patrem adoptivum pertinet, extraneorum loco) Jura enim adoptionis in totum dissolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati a patre adoptivo amittant, & pater adoptivus post emancipationem pater esse desinat, *l. 1. §. liberos 6. l. 4. unde lib. l. 2. §. objicitur 13. ad Tertyll.* denique nullum fere ex pristino jure retineatur vestigium *l. 13. de adopt.* Particula (*fere*) eo loco addita a Jurisconsulto, propterea quod filiam quondam adoptivam uxorem habere non possum, *l. quin etiam 55. de rit. nupt.*

Post mortem patris naturalis) In bonis patris adoptivi nihil juris habent, sive ante, sive post mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod vero attinet ad successionem patris naturalis, interest, emancipati sint vivo adhuc patre, an post mortem ejus: nam priori casu jus liberorum per adrogationem amissum beneficio Prætoris recuperant; posteriore casu non item, sed tertio demum loco invitantur ad bonorum possessionem unde cognati, §. 13. *infr. eod.*

Iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi) Ratio cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis liberorum gradum non consequantur, ne alioqui in potestate adrogatoris sit, utri ad successionem ab intestato veniant, liberi ne, an agnati; quippe qui facere posset, ut succederet agnatus proximus non emancipando, ut non succederet, emancipando; atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet, *leg. illa institutio 32. de hæred. instit.* Sed longius ista ἀπολογία petita est. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæsita aliis liberis aut agnatis hæreditas ex postfacto & accidenti auferatur: neque ulla hic fit injuria liberis, utpote qui & ultro se in adoptionem dederunt, postquam a patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum sunt emancipati a patre adoptivo.

TEX-

TEXTUS.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

12. *Minus ergo juris habent adoptivi filii, quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio Prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi vero emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & a Prætore non admittuntur: & recte. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec quia desinunt sui hæredes esse, possunt desinere filii filiæve, nepotes neptesve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est, emancipatione, perdunt.*

COMMENTARIUS.

HIC locus continet antithesim liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta sunt sub §§. *præced.* 9. & 10. Summa hæc est: liberos naturales emancipatos jus liberorum & successionis ab intestato, quod amittunt jure civili, retinere jure Prætorio: emancipatos vero ex adoptione nec a Prætore liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad successionem quondam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etsi sui hæredes esse desinunt, quod nomen civile est, non tamen desinunt esse liberi natura: hi plane extranei fiunt, jusque & nomem liberorum adoptione quæsitum emancipatione perdunt, *l.* 1. §. *liberos 6. l.* 4. *unde lib.* Regula, *Civilis ratio civilia jura permittere, &c.* pleniſſime a nobis explicata est sub §. *ult. de leg. agn. tut. & §. pen. de cap. dem.*

TEXTUS.

De bonorum possessione contra Tabulas.

12. *Eadem hæc observantur & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque hæredibus institutis, neque, ut oportet, exhæredatis, Prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat Prætor ad eamdem bonorum possessionem; eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut nec ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti ad bona ejus admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.*

NOTÆ.

12. *Et in ea bonorum possessione*) Non solum scil. in causa successionis ab intestato. Th.

Eos, qui in potestate & emancipatos) Suis hæredibus præteritis ex abundanti hoc beneficium datum, *l.* 1. *princ. cont. tab.* quemadmodum & bonorum possessio, unde liberi, & suis emancipatis pariter proposita, *d.* 1, §. 6. *unde lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Etiam suis hæredibus propositam bonorum possessionem contra tabulas.*
2 *Communia utriusque bonorum possessionis.*
3 *Difficilius quam admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, quam ab intestato.*

PRætor non tantum in causa successionis ab intestato liberis emancipatis succurrit, data iis bonorum possessione unde liberi: verum etiam testamento facto pollicetur præteritis bonorum possessionem contra tabulas: quæ bonorum possessio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neque ut oportet exhæredatis) Non enim quævis exhæredatio summovet liberos a bonorum possessione contra tabulas, sed quæ rite facta est: quæ vitiose, pro præteritione habetur, *l.* 8. §. 2. *de bon. poss. contr. tab.* §. 3. *supr. de exhær. lib.* Incaute Div. Tuldenus *infra tit. de bon. possess. cap.* 5. pro *non recte* ait *vitiose*, dixit, *inique*. Nam qui dicunt *inique* se exhæredatos, certum est, iis nullum remedium superesse, præter querelam inofficiosi testamenti. Eodem autem modo, quo jure civili testamento facto liberi sui hæredes instituendi sunt, aut exhæredandi, filii scilicet nominatim, filiæ & nepotes saltem inter cæteros, voluit Prætor instituti, aut exhæredari etiam emancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum possessionem contra tabulas testamenti, §. *emancipatos* 3. *supr. de exhær. lib.*

(2) *Eos qui in potestate*) Sive *naturales*, sive adoptivos, *l.* 1. *in princ. contr. tab.* Licet enim bonorum possessio contra tabulas potissimum comparata sit emancipatorum gratia, quippe qui exhæredari aliud remedium non habebant, eadem tamen & in potestate constitutis, sive suis hæredibus proposita, si neque instituti, neque exhæredati sunt, *d. l.* 1. *in princ.* quamvis horum præteritione testamentum vitietur, nulliusque momenti jure civili sit, *l.* 1. *de injust. rupt. test.* ut proinde ex abundanti hoc illis beneficium tribuatur, sic. *l.* 2. *Cod. eod. tit.*

(3) *Vocat ad eamdem poss.*) Sequuntur nunc comparationes utriusque remedii a similibus. Prima similitudo in eo est, quod ut bonorum possessio unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita est, ita & hæc bonorum possessio contra tabulas, *d. l.* 1. *in prin.* junct. §. *contr. tab.* Secunda, quod sicut illa ab intestato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia sunt, ita nec eis detur contra illius tabulas: & eamdem scilicet ob causam, quia alium patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. non procul. a pr. C. de adopt.* Tertia, quod quemadmodum illa ab intestato non datur emancipatis a patre adoptivo, ita nec hæc contra tabulas testamenti patris adoptivi, quia non sunt amplius ex liberis, jure adoptionis per emancipationem soluto, *d. l.* 1. §. 6. *l.* 3. §. 2. *de bon. poss. contr. tab.*

Ita longe minus contra tab.) Ἀπὸ μείζονος a minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum possessionem ab intestato, is non debet admitti ad bonorum possessionem contra testamentum: illud enim minus est, hoc majus propter favorem testamenti, cujus rescissio difficulter & non nisi gravi ex causa permittitur. Unde Justinianus, cum iis, qui adoptati sint ab extraneo, reservet jus succedendi ab intestato: tamen

men testamento facto præteritos, aut exhæredatos a successione in totum repellit, *d. l. pen. C. de adopt.* §. *sed* & 14. *infr. hoc tit.*

TEXTUS.

Unde Cognati.

13. *Admonendi tamen sumus eos, qui in aliena familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parenti naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, scilicet, quoad cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, si neque sui hæredes liberi, neque emancipati obstent; neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim Prætor liberos vocat tam suos hæredes, quam emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.*

NOTÆ.

13. *Ea parte edicti, qua liberi*) Neque ex capite altero *unde legitimi*. Illud, quia alium patrem jure civili habent; hoc, quia desierunt esse adgnati.

Qua cognati) Etenim naturale jus cognationis fortius est, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possit, *leg.* 1. §. 4. *unde cogn.* §. *ult. supr. de leg. agn. tut.*

Neque agnatus ullus) Nam Prætor totum agnatorum ordinem cognatis antepositit, *leg.* 1. *quis ord. in bonis possess. infr. de success. cogn. in princ.* Hodie autem liberi, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus præferuntur, sublato sc. agnationis & cognationis discrimine, *Novell.* 118. *cap.* 3. & 4.

COMMENTARIUS.

1 *Cur ab adrogatore emancipati post mortem patris naturalis admittantur ut liberi?*
2 *Hodie vix esse hujus quæstionis usum.*

DEclarat hic Imperator, quomodo accipiendum quod dictum est, liberos, qui emancipati a patre naturali se in adoptionem dederunt, & adhuc, cum is moritur, in adoptiva familia sunt, aut post mortem demum patris ab ea emancipati fuerunt, ad bonorum ejus possessionem non admitti: nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi, quod ante quoque obiter monuimus, neque ex capite altero, quo vocantur agnati: sed admitti tamen, tertio scilicet loco in ordine cognatorum, inque eo cæteris cognatis jure proximitatis præponi. (1) Cujus rei ratio hæc est, quia etsi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, & agnati quoque esse desinunt; cognationis tamen jura in familia patris naturalis semper retinent, utpote fortiora, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possint, *l.* 1. §. 4. *unde cogn.* §. *ult. seq. de leg. agn. tut.* Cur vero minus liberorum numero, quam cognatorum a Prætore habentur, cum utrumque nomen æque naturale sit? Quia absurdum Prætori visum est, suorum hæredum loco esse patri naturali eos, qui alium patrem habent cui sunt sui hæredes jure civili: Nam sciendum est, emancipatos a Prætore vocari non simpliciter ut liberos, sed ut suos hæredes, quorum numero eos habet, *tit. seq. in princ.* proinde nomen liberorum propemodum civile esse, non utique vocis sono, sed intellectu juris prætorii. (2) Hodie vix ullus esse videtur hujus §. usus. Nam cum Justinianus discrimen agnationis & cognationis sustulerit, & cognatos æque ac agnatos ad successionem ab intestato vocaverit secundum gradus cujusque prærogativam; *Nov.* 118. *cap.* 3. & 4. consequens est, liberos, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus præferri.

Post mortem naturalis parentis) Minime mirum, nam emancipatio hæc potius augere debebat, quam minuere jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cum adhuc essent in familia adoptiva. Sane nisi bonorum possessio patris naturalis deferretur liberis tunc, cum adhuc sunt in familia aliena, non deferretur emancipatis post illius mortem, ut diximus *sup.* §. 10.

Nec agnatus ullus) Nam Prætor totum agnatorum ordinem cognatis antepositit: & ideo licet remotiores sint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur Prætor dedisse jure civili, quo agnati soli vocantur, cognatis insuper habitis.

Ante enim Prætor liberos, &c. Hi sunt tres illi gradus successionum ab intestato, aut potius ordines succedendi, quos Prætorem fecisse legimus. Primus ordo est liberorum, sive sui hæredes sint, sive emancipati. Secundus legitimorum: nam statim post liberos ad bonorum possessionem admitti agnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum exclusos vocat, deficientibus agnatis, *l.* 1. §. 1. *unde lib.* 1. *in pr. quib. ord. in bon. poss.*

TEXTUS.

Emendatio juris antiqui. De Adoptivis.

14. *Sed ea omnia antiquitati placuerunt, aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super iis personis exposuimus, quæ a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta, nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio ex hæreditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, nec inofficiosi querela instituta, cum nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum instituere, vel exhæredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure, tam naturali, quam legitimo in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servamus, quemadmodum, si paterfamilias sese dederit adrogandum, quæ specialiter & singulatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.*

NO-

NOTÆ.

14. *Nostra constitutione*) *L. penult. Cod. de adopt.* cujus frequens in his libris mentio, §. 2. *supr. de adopt.* §. 8. *quib. mod. jus patr. pot.* §. 5. *supr. de exh. lib.* §. 1. *supr. quib. mod. test. infr.*

Ab intestato ad patris adoptivi, &c.) Et tamquam suus hæres. At liberis hujus patris adoptivi frater non fit, nec ei succedit: quia jura legitima in familia ejus non consequitur, *dict. l. pen.* §. 1. Non obloquitur sibi Justin. cum ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *d. l. pen.* §. 2. Nam hoc non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Testamento autem facto) Hinc apparet, minus esse, habere jus succedendi ab intestato, quam aut testamentum nullum dicendi, aut evertendi per bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi.

Ex tribus maribus) Ita quoque legitur in *d. leg. pen.* §. 3. *C. de adopt.* & apud Theoph. Qui lectionem immutant, corrumpunt, non corrigunt locum; add. Cuj. in *l. ult. C. de decur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ mutatio & quam ob causam circa successionem adoptivorum facta a Justiniano?*
2 *Notatur Bachovii oscitatio.*
3 *Collectiones Triboniani minime necessariæ.*
4 *Sabiniano Senatusconsulto quid cautum?*
5 *Disputationem de successione adoptivorum hodie inutilem esse.*

HOc §. refertur & inculcatur jus novum, quod a Justiniano circa liberos adoptivos introductum est, *l. pen. Cod. de adopt.* & de quo actum *supr. de adopt.* §. 2. Summa huc redit. Jus vetus ita fuit, ut non tantum qui adrogabantur, in potestatem & familiam patris adoptivi transirent; verum etiam qui filiifam. a patre naturali in adoptionem alii dabantur, sine ulla distinctione jus liberorum & suorum hæredum in familia naturali amitterent, novumque nanciscerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum, in adoptione nonnihil propter incommodum, quod ex veteri jure nasci poterat. Igitur in casu filii a patre naturali in adoptionem dati ita Justiniano placuit, ut si datus sit personæ extraneæ (qualis omnis, qui est extra lineam parentum,) non transiret in potestatem & familiam hujus patris adoptivi, sed jus parentis naturalis salvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus sui hæredis: & porro quod huic consequens erat, ut impune a patre adoptivo testamento facto præteriri aut exhæredari posset. Hoc uno tamen ei concesso, ut ab intestato patri succedat. Si vero datus sit personæ non extraneæ, sed avo materno, puta aut nepos post emancipationem patris conceptus & editus avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit sine ulla innovatione.

Qui invenimus nonnullos casus) Usus videtur plurali numero pro singulari. Nam unus duntaxat casus reperitur, quo in adoptionem extraneo dari & patris naturalis & adoptivi hæreditate excidere poterant, videlicet si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati: cujus etiam solius mentio in *d. l. pen.*

Ut possit ab intestato) Et quidem jure sui hæredis: hoc enim jus diserte hactenus ei tribuitur, *d. l. pr.* §. 1. *fin.* Atque ita occurrit hic casus singularis, quo is qui in potestate non est & tantum non extraneus, sui hæredis jus habeat, voceturque ad hæreditatem una cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Cæterum voluit Justinianus, hanc adoptionem tantum prodesse adoptato ad solam successionem extranei patris adoptivi, non etiam ad consequenda jura legitima in ejus familia, *dict. leg. pen.* §. 1. Quamobrem vix scio, quid sibi velit Bachovius, qui pro limitatione hic addendum scribit ex *Nov.* 118. *cap.* 3. concurrere hunc extraneum adoptatum tantum cum liberis ab uno latere conjunctis: quia cum utrinque conjuncti excludant consanguineos & uterinos, multo magis adoptatum excludere debeat, &c. Non puto Bachovium tam profunde somniasse, ut quamvis sic loquatur, existimaverit, liberorum quosdam esse ex uno latere conjunctos, quosdam ex utroque, & hos illis, ac proinde & adoptatis in successione parentis ex *d. Nov.* præferri: sed ut apparet ex *d. cap.* 3. quod allegat, cogitasse de successione collateralium, & admonere voluisse, in ea successione adoptivos defuncti fratres, ex *dict. Nov. cap.* 3. non plus juris habere posse, quam conjunctos ex uno parente tantum, quibus præteruntur conjuncti utrinque. Credibile quoque est, eum intellexisse liberos adrogatos: nam hi, de quibus hic agimus, liberi extranei adoptatoris fratres non sunt, nec eis succedunt prorsus. Utut sit, aut alienum est, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili, neque jure prætorio) Olim liberi adoptivi, omnes, qui transibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quam justis nuptiis quæsiti, hæredes instituti aut exhæredari debebant: præteriti & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure Prætorio contra tabulas bonorum possessionem petere; exhæredatis patebat querela inofficiosi testamenti, §. 4. *supr. de exhær. lib. l. 1. in princ. contr. tab.* §. 2. *supr. de inoffic. testam.* quod Justiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, velut consequens ei, quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatem. Ergo ex dicta constitutione impune hi præteriri, vel exhæredari possunt, nulloque remedio, sive civili, sive prætorio adversus testamentum adjuvantur, *d. leg. pen. Cod. de adopt.* Non obloquitur sibi Justinianus, cum ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *l. pen.* §. 2. hoc enim non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Cum nec necessitas imponatur patri adoptivo) (3) Non satis bona collectio: Non est necesse hunc hæredem instituere vel exhæredem facere: ergo nullo remedio contra testamentum uti potest. Nam nec mater, nec avus maternus liberos, nec liberis parentes necesse habent hæredes instituere aut exhæredare, qui tamen præteriti aut exhæredati testamentum per querelam inofficiosi impugnant. Sic nec illa consecutio necessaria est. Non est mihi naturali vinculo copulatus: ergo non est necesse eum hæredem instituere, &c. quasi solo vinculo civili nemo adstringatur ad aliquem hæredem instituendum, &c. quo tamen vis adhuc hodie est adrogationis, ut in *fine hujus* §.

Ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus) Quo Senatusconsulto, quantum ex hoc loco conjicere est,

cau-

cautum fuit, ut qui unum e tribus alterius liberis maribus adoptasset, quartam partem ei bonorum suorum relinquere cogeretur, sicut ex constitutione Antonini Pii quarta relinquenda est adrogato impuberi. Ex eodem Senatusconsulto manasse videtur, quod Justinianus commemorat in *leg. ult. Cod. de decur. lib.* 10. ut qui tres mares haberet, si unum ex iis, qui decurio esset, in senatum maximum legendum curaret, ei curiæ liberationem pareret; quod referendum inter privilegia πολιτικά. Meminit quod hujus Senatusconsulti Justinianus in *d. l. pr.* §. 3. *C. de adopt.* Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Connan. 2. *comm.* 15. vel aliter legunt, & pro *tribus maribus*, ut etiam legitur apud Theoph. substituunt *tribus manibus*, ut Alciat. 4. *parerg.* 3. *tribus mancipationibus*, ut Rævard. c. 6. *de aucl. præd.* Add. Cujac. in *d. l. ult. C. de decur.* Gothofr. *ad d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.*

(5) *Pristina jura tali adoptioni servamus.*) Propterea quod hoc casu concurrente naturali vinculo cum civili, cessat metus superioris incommodi, ne scilicet adoptatus ab utriusque partis successione aliquando excludatur: qui sensus est *d. l. pen.* Jus vetus adoptionis plane nunc exolevit: neque enim adoptati aut liberorum aut agnatorum aut cognatorum jure hodie censentur, sed tantum pro alumnis sunt; ut proinde tota disputatio de successione liberorum adoptivorum hodie sit inutilis: vide quæ *supr. tit. de adopt.*

TEXTUS.

De descendentibus ex fœminis.

15. *Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabant successionem, & jure agnatorum eos anteponebant; nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco communerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, sive paternæ, sive maternæ successionem. Divi autem Principes non passi sunt, talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere; sed cum nepotis & pronepotis nomen commune sit utriusque, tam qui ex masculis, quam qui ex fœminis descendunt, ideo eumdem gradum & ordinem successionis ei donaverint. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragiis muniuntur: portionem nepotum vel neptum, vel deinceps, (de quibus supra diximus) paulo minuendam esse existimaverunt: ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum vel aviæ fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus, sive maternus; quando fœmina mortua sit, cujus de hæreditate agitur: iisque licet soli sint, adeuntibus, agnatos minime vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi sui vocat; ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat. Sed nos, cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem a nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est: & sanximus talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, vel deinceps superstitibus, adgnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem & tempora & nunc sancimus: ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hæreditatem, similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubeamus vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes vel proneptes, & alias deinceps personas, ex utraque progenie: matris vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur: ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.*

NOTÆ.

35 *Item vetustas*) Intelligit tum legem 12. Tabularum jus Prætorium: nam & Prætor nepotes, &c. ex sexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine post lineam adgnatorum.

Quem mater eorum) Ex. caus. Titius decessit relicto filio, & ex filia præmortua nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. Tab. aut si emancipatus est, suffragatione juris Prætorii, bessem hæreditatis ex d. constitutione feret, nepos trientem reliquum, ideest, tertia parte minus, quam mater latura fuisset.

Vel avia) Hic ponendum thema, quo quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia.

Vel pater eorum) Adde *vel mater* v. c. Titia decessit, relicto filio aut filia & nepote neptove ex filio filiave demortuis. Hic quia filio aut filiæ suffragatur SC. Orficianum *infr. t.* 4. *pr. & §.* 2. nepos neptisve ex d. constitutione non aliter admittuntur, quam cum deminutione tertiæ partis.

Quartam partem substantiæ) Hanc quartam adgnati sibi vindicabant, nepotibus ex filia solis existentibus, non quando concurrebant cum munitis suffragio juris veteris: memorati Principes quamdam Falcidiam vocant.

Sed in stirpe) Ut in locum patrum veniant, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu.

Sine ulla deminutione) Quartæ scilicet adgnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex sexu virili: nam tertiæ deductionem tributam iis, qui etiam juris veteris suffragatione niruntur, intactam reliquit, *l. ult. C. de suis & leg. lib.* ad quam hic se refert. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio. *Nov.* 118. *c.* 1.

COMMENTARIUS.

1 *Qui descendentium lege* 12. *Tab. & a Prætore ad successionem intestati vocentur.*
2 *Juris veteris derogatio quæ ratione, & an sufficienti juri nitatur?*
3 *Planius & plenius, quam vulgo, explicatur quatenus per l.* 4. C. Theod. de leg. hær. *veteri juri derogatum.*
4 *Quid insuper detractum, quid adjectum constitutione Justinian. l.* ult. C. de sui & leg. lib.
5 *Cautiunculæ & Mynsingeri error.*

(1) HÆC pars est hujus tituli postrema, in qua primum reperiuntur ex vetusto jure differen-

rentiæ circa successionem descendentium ex masculis & fœminis: deinde ostenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum sit constitutione recentiorum Principum & postremo Justiniani. *Locus* est obscurus & ænigmaticus, a paucis intellectus, & ab his, qui eum intellexisse videntur, ita explicatus, ut tamen aliquid amplius desideres, & plus lucis. Plenius ergo & planius, si potero, rem totam explicabo.

Item vetustas) Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus Prætorium. Falluntur enim, qui putant, legem duodecim Tabularum ad hæreditatem ab intestato vocasse tam natos ex filiabus, quam ex filiis totumque illud discrimen, quod hic refertur, adscribunt mediæ jurisprudentiæ, inter quos Mynsig. Cantiuncul. & Giphanius. Etenim palam est lege duodecim Tabularum ex descendentibus eos solos ad hæreditatem vocari, qui sunt sui hæredes, atque his deficientibus ex transversa linea solos agnatos: eos vero qui tantum cognati essent, jus successionis ab intestato nullum ex ea lege habuisse. Nimirum Decemviri, ut dignitati & propagationi familiarum consulerent, ad eos solum successionem pertinere voluerunt, qui essent ejusdem gentis & familiæ. Quare cum nepotes ex filia non sint sui hæredes avo materno, sed patri, in cujus sunt potestate: & fœmina non suam aut patris, sed alienam, in quam nubit, familiam propaget, *l.* 195. §. *ult. de verb. signif.* non poterant hi nepotes ad successionem avi materni ullo modo venire, excludebanturque non tantum a filiis & filiabus defuncti, ab iisve, qui ex filiis essent progeniti; verum etiam ab agnatis ejus. Denique Prætor emancipatos duntaxat inter suos vocabat, ut masculorum quoque progeniem: hosce autem nepotes & cæteros ex sexu muliebri demum post lineam agnatorum, in tertio scilicet ordine, qui cognatorum est.

Quam aviæ vel proaviæ sive paternæ sive maternæ) In aviæ aut proaviæ paternæ successione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege duodecim Tabularum habent, quam habent in successionem avi proavive, aviæ proaviæve maternorum: non enim magis aviæ aut proaviæ paternæ sui hæredes aut agnati sunt, quam avus aut proavus maternus, &c. cum nec filius matris sit, ob eamque causam nec ipse matri ex lege succedat, nec a Prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filiæ mentionem non facit: quia his matris legitima hæreditas pridem delata fuerat Senatusconsulto Orficiano, non aviæ nepotibus. *infr.* t. 4. & ideo recte ait, nepotes pronepotesve ataviæ & proaviæ ad successionem a Prætore admissos fuisse demum in linea cognatorum, quia nec post illud Senatusconsultum jus liberorum in ea successione habebant.

Divi autem Principes non passi sunt, &c.) Sequitur jam derogatio juris antiqui, quæ auctores habet Valentinianum, Theodosium & Arcadium, *l.* 4. *Cod. Theod. de legit. hæred.* quam parte aliqua mutilatam in codicem suum retulit Justinianus, *l.* 9. *C. de suis & legit. lib.* Justitia derogationis duplici ratione commendatur. 1. quia inæqualitas illa juris inter descendentes ex masculis & fœminis injuriosa in ipsam naturam: quomodo alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos & fœminas, *l.* 4. *Cod. de lib. præt.* 2. quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex fœminis, quam qui ex maribus progeniti sunt conveniens. Quarum tamen rationum, si libere dicendum est, altera vera non videtur, altera minime sufficiens. Nam quæ injuria est in naturam si is, qui jus percipiendarum hæreditatum in sua familia habet, ut suus, aut agnatus, non admittatur eodem jure in familia aliena, ne duabus in familiis simul regnum teneat? Deinde si contra naturam non est, hoc prospicere, ut ne familiæ splendor ac dignitas minuatur aut pereat; sed consentaneum etiam jure gentium legibusque plurimarum bene ordinatarum civitatum, dare operam, ut sartæ rectæ familiæ conservantur: non potest a ratione naturali alienum videri, si masculi potius atque ex masculis descendentes, propagatores & columnæ familiarum, quam fœminæ, in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem vocentur: quod & ipsum diligenter cautum reperitur legibus Mosaicis, *Num.* 27. 8. Vid. Philon. *de vit. Mos.* 3. Hinc jam sponte intelligitur quam siculneum argumentum sit alterum, quod a communione petitur nominis, ad inducendam juris æqualitatem inter eos, quos tam insignis consideratio disjungit. Sed videamus quid placitum Græcis Principibus.

Eumdem ordinem & gradum successionis) Donaverunt Imperatores eumdem gradum successionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hic sermo est, quem habent illi, qui succedunt ex lege duodecim Tabularum, & qui vocantur a Prætore: hoc est, voluerunt ex fœminis prognatos non minus jus liberorum & successionis ab intestato habere, quam prognati ex masculis, ut sui hæredes habent ex lege duodecim tabularum, & liberi emancipati ex edicto Prætoris unde liberi, ut cum his in successione concurrant. Addo, ut sequentia minore negotio percipiantur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patruis scilicet & avunculis suis: in successione aviæ, quos jam temporibus Marci agnatis in successione matris præposuerat Senatusconsultum Orficianum. Cæterum portio horum nepotum aliquando memoratorum Principum constitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

Veteris juris suffragiis muniuntur) Jus vetus hic accipere debemus tum legem duodecim tabularum, quæ ex liberis suos dumtaxat hæredes ad hæreditatem vocabat, tum edictum Prætoris, quo ad bonorum possessionem ab intestato invitantur liberi emancipati; & denique SCtum Orficianum, quo, ut diximus, matris legitima hæreditas defertur filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus §. se extendit, quam spondet principium, plusque sensit, quam scripsit Justinianus, uti statim videbimus.

Ut minus tertia parte) Quamvis prædicti Principes nepotes neptesque ex sexu fœmineo descendentes cum his, a quibus jure veteri in totum excludebantur, ad successionem ab intestato admiserint: noluerunt tamen, illos cum his æqualiter hæreditatem partiri, sed aliquando plus habere eos, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, & nimirum illos triente minus, quam hos consequi, *d. l.* 9. *C. de suis & leg.* quod datum reverentiæ juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia) Casus pertinens ad successionem adscendentium marium, cum defunctus descendentium unius pater, avusque aut proavus paternus, alius avus proavusque maternus est: de fœminarum adscendentium successione mox subjicitur. Cum igitur de successione avi materni quæritur inter filium superstitem & ex filia demortua nepotes, hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. Fabb. aut si emancipatus est, suffragio juris Prætorii, bessem hæreditatis ex d. consti-

stitutione feret, nepotes trientem reliquum: id est, hi tertia parte minus ferunt, quam mater superstes latura fuisset: illa enim hæreditatem paternam æqualiter cum fratre suo divisisset. Jam si de semisse, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas, triens tantum nepotibus relinquitur: alter semis auctus accessione detrahi sextantis bessem efficit. Similiter quando quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio, aut filia, filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit, quam hi pronepotes, qui pro semisse, in quem avia eorum vocata fuisset, trientem tantum accipiunt, id est, tertia parte minus. Nihil autem in successione proavi materni interest, nati sint pronepotes ex nepte, an ex nepote ex filia: nam, quod ad stirpem attinet, aviam scilicet, filiam proavi, omnes ex sexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrum pari gradu, an impari sint descendentes ex sexu virili cum posteris ex sexu sequiore, remotiores, an propiores. Nam etsi ex filio tantum nepos sit aut pronepos ex nepote ex filio nato, sive suus, sive emancipatus, & ex adverso nepos ex filia: illi nihilominus propter suffragationem juris veteris bessem totius hæreditatis auferent, hic non amplius triente.

Pater eorum, vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua) Hic apparet, plus sensisse Justinianum, quam hactenus scripsit. Nihil enim huc usque traditum est, quo id, quod hic proponitur, referri posse videtur. Nam initio locutus est tantum de descendentibus ex masculis, quos solos dixit a veteribus ut liberos ad hæreditatem vocato fuisse, insuper habitis iis, qui ex fœmineo sexu descenderent. Deinde ait, hos cum illis admissos fuisse a *Divis Principibus*: cum deminutione tamen tertiæ partis propter suffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex viris progeniti sunt. Quamobrem quod hic scribit, ænigma videri poterat, nisi, ante monuissem, id quod de juris veteris prærogativa dixit, ex mente ejus referendum esse etiam ad eos, quibus suffragatur Senatusconsultum Orficianum; quod collatum cum constitutione dd. Principum sane vetus etiam est. Hoc Senatusconsulto vocantur liberi ad hæreditatem matris, & vocantur pleno jure absque partis ullius detractione, exclusis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi dumtaxat primi gradus, filii scilicet & filiæ: nepotes & deinceps ad successionem aviæ non vocantur, *t.4. infr. in princ. & §.1.* Sed hi demum cum istis admissi sunt eadem illa constitutione, cujus jam sæpe facta mentio: admissi vero cum deminutione item tertiæ partis, propterea quod filii & filiæ juris quoque veteris suffragio muniti erant, idest SCto Orficiano.

Pater eorum) Supple, vel mater. Casus enim est, in quo agitur de hæreditate fœminæ defunctæ dividenda inter liberos primi & secundi gradus. Pone igitur, hinc esse filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortuis. Senatusconsultum Orficianum hæreditatem ex asse attribuit soli filio, aut filiæ, nepoti neptive nihil. Ex nova vero constitutione etiam nepos & neptis ad aviæ successionem vocantur, & simul cum filio filiave: ita tamen, uti pati debeant sibi detrahi de parte, quam integram partem eorum, vel matri superstites habituri fuissent in materna hæreditate ex Senatusconsulto.

Vel avus paternus sive maternus) Casus, qui quæritur de successione fœminæ defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes pronepteſve, qui tertio gradu sunt: supplendum igitur, *vel avia paterna sive materna*, nam hæ quoque superstites matri successissent ex Senatusconsulto. Ponamus ergo, cum filio aut filia superstitibus concurrere pronepotes pronepteſve natos nataſve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio aut filia demortuis: hi pronepotes pronepteſve in totum a successione proaviæ repelluntur a Senatusconsulto: a Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur: cæterum cum deminutione illa, quam diximus, patris aviæ: quod datum honori Senatus, ut scilicet tertia minus consequantur, quam habituri fuissent aviæve, qui si viverent, ex æquo cum fratre aut sorore maternam hæreditatem partirentur. Sed quid dicendum in proposito: si hinc nepos tantum sit, aut neptis, illinc pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? recte nimirum censet Hotomannus, nihil amplius hic laturos nepotes, quam pronepotes: sed æqualiter omnes, illos ad aviæ, hos ad proaviæ hæreditatem ex principali dispositione admittendos esse: quia cum nepotes in successione aviæ non magis jus liberorum ante constitutionem habuerint, quam pronepotes in successione proavi, sive legem antiquam consideres, sive edictum Prætoris, sive denique Senatusconsultum Orficianum, non possunt illi majorem sibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris ullius antiquioris suffragium quo nomine tantum detractio illa a Principibus permissa est.

Licet soli sint, adeuntibus, agnatos minime vocabant) Hoc non sic accipiendum est, quasi agnati hoc casu in totum fuerint excluſi, quod demum a Justiniano constitutum, ut ipse postea commemorat: sed non admissi soli & in solidum ut jure antiquo. Liquet enim ex constitutione, ut ea integra extat in Codice Theodosiano *l. 4. de leg. hæred.* agnatos non penitus excludi, nec priore illo casu, cum avo aut proavo mortuo soli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex sexu muliebri descendentes, neque hoc posteriore cum mortua avia aut proavia sola reperiuntur liberi secundi aut inferioris gradus: sed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hæreditatis. Hoc enim est, quod in dicta constitutione legimus, agnatos in casibus propositis in quandam Fulcidiam nepotes in dodrantem succedere. Cæterum hæc pars dictæ constitutioni detracta est a Triboniano inferente eam Codici Justinianæo, *l. 9. C. de suis & leg.* propter *l. ult. C. eod.* qua quarta illa adempta agnati in totum repelluntur, ut postea iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim Tabularum, &c. principalis dispositio, &c.) Dicendum erat, quemadmodum lex duodecim Tabularum filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hæreditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris sui aut avi paterni, ut una cum superstitibus suis facti filiis aut filiabus succedant; ita ex dispositione principali, mortua filia, nepotes & pronepotes, ex ea vocari ad successionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris suæ aut aviæ maternæ, ut simul succedant cum defuncti liberis superstitibus, sive suis hæredibus, quos solos decemviri, sive emancipati, quos præterea admittit Prætor: & quemadmodum SCtum Orficianum filios tantum & filias vocat ad successionem matris, ita dispositionem Principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad successionem aviæ aut proaviæ, sive paternæ, sive maternæ, & simul etiam cum liberis primi gradus; sed & hoc & in superiore concursu detractionem tertiæ partis, quam diximus, pati.

Cum

(4) *Cum adhuc dubitatio maneret inter adgnatos, &c.*) Sequitur juris antiqui altera derogatio, & augmentum juris, quod descendentibus ex sexu muliebri accessit constitutione Justiniani. *l. ult. Cod. de suis & legit. lib.* Ait, *cum adhuc dubitatio &c.* non quod jus dubium fuit: quippe cautum expresse *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* sed hoc vult dicere, cum adhuc agnati ex ejusdem constitutionis auctoritate (sic legendum, non *cujusdam*) quæ est *d. leg. 4.* nepotibus ex fœminis solis existentibus (nam cum concurrebant cum liberis, qui etiam jure vocabantur, agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem sibi vindicare poterant, sed hoc jus in totum constitutione sua abrogasse, quæ est *d. l. ult. Cod. de suis & legit. liber.* atque ob eam causam noluisse constitutionem prædictam suo Codice inseri, id est, voluisse inseri integram: nam utrique detracta illa clausula, qua agnati in quadrantem vocabantur, inserta est. Confer. *d. l. 4. Theod. de legit. hæred.* cum *l. 9. Cod. Justin. de spis & legit. lib.* Quartam igitur agnatorum tantum sustulit, deductionem tertiæ reliquit.

Ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores) Rectius dixisset, ne qui ex transversa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis descendunt, ad successionem admittantur, vel in partem aliquam dumtaxat. Quamquam in eo nihil absurdi est, si collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in successione iis descendentibus, qui non sunt de familia defuncti.

Non in capita, sed in stirpes) Postquam nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepote nepteve ex filia hoc jus datum est, ut in locum veniant parentum, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu: non est sine ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, sive soli, sed plures ex diversa stirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, sive cum filiis aliisve descendentibus ex virili sexu concurrant, cum deminutione tertiæ partis.

Ut utraque progenies matris vel patris &c.) Non tantum igitur cum de successione masculi agitur, avi, aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam soli excludunt agnates, quamvis hactenus nihil amplius dictum; sed etiam cum fœmina mortua proponitur, cui vel obvia sive paternæ, sive maternæ, & in hac rem successione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem dividunt, salvo liberis primi gradus si cum his concurrant: jure deducendæ tertiæ partis.

(5) *Sine ulla deminutione*) Hæc ita scripta sunt, ut non sine causa existimare quis possit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex sexu virili denegari tertiæ deductionem, quod etiam Cantiuncula & Mynsing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitasse Justinianus, patet tum ex sæpe memorata constitutione Principum, quam ita in Codicem suum retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quam particulam, qua in quadrantem vocantur agnati cum posteris ex sexu fœmineo, non concurrentibus cum illis liberis; qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte, qua istis tertio deductio tribuitur, intacta: tum ex ipsius constitutione Justiniani, ad quam hic se refert, scilicet *leg. ult. Cod. de suis & legit. lib.* quæ quidem correctoria illius Principum, sed quartam dumtaxat tollit agnatorum. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio est, *Novell. 119. cap. 1.* de quo accuratius *infra tit. 5.*

TITULUS SECUNDUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Dig. Lib. 38. Tit. 16. Cod. Lib. 6. Tit. 58.

Continuatio, & argumentum tituli.

HUcusque de primo ordine succedentium ab intestato, in quo sunt descendentes sive liberi, ex lege duodecim Tabularum soli hæredes, §. 1. *tit. præc.* ex jure Prætorio etiam emancipati, §. 9. *eod.* ex constitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex sexu fœmineo, de quibus in §. *ultim. eod.* Sequitur secundus, qui agnatorum fuit: insistit enim Imperator vestigiis legis duodecim tab., qua nemo ex adscendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii: quia si filius in potestate fuerat, nec habere poterat hæredem, cum patri omnia acquireret, & bona castrensia, quæ postea filio concessa, eo mortuo occupabat pater jure pupilli, *l. 2. de castr. pecul.* sit emancipatus, pater huic & ille patri ratione familiæ extraneus erat. Sed nec Prætor patrem qua patrem vocat ante ordinem cognatorum, *leg. 10. de suis & legis.* Ajo, qua patrem: nam jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam, *dict. leg. 19.* Non mater, quia & ipsa filio eadem ratio extranea; & adeo a Prætore quoque inter cognatos demum admissa fuit. De senatusconsulto Tertylliano *videbimus titul. seq.* Hoc titulo primum descriptionem habemus agnatorum tum naturalium, tum adoptivorum; mox docetur qui ex his, & quomodo succedant, & tum mares, tum fœminæ: hinc quo ordine vocentur: & postremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

TEXTUS.

Secundus ordo hæredum legitimorum.

Si nemo suus hæres, vel eorum, quos inter suos hæredes Prætor vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur; tunc ex lege duodecim Tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.

NOTÆ.

Quot Prætor vel constitutiones) Scilicet liberos emancipatos, & nepotes ex sexu fœmineo, quorum illos Prætor, hos constitutiones vocant, §. 9. & ult. *tit. præc.*

COMMENTARIUS.

EXistat.] Nec speretur fore, ut existat. Nam quamdiu vel spes est futurum, ut suus hæres defuncto existat, tamdiu agnatis locus non est, puta si defuncti uxor præguans sit, quæ suum hæredem paritura speratur, aut defuncti filius apud hostes sit, qui de captivitate reverti potest, *l. pen. §. 1. unde legit. fol. t. 2. in pr. de suis & legit.* Ulpian. *tit. 26. §. 2.*

Tunc ex lege duodecim Tabul. ad agnatum proximum) Dictum hoc paulo crassius. Nam lex duodecim

Tabularum ex liberis eos solos ad hæreditatem vocat, qui sunt vere sui hæredes, hoc est, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in potestate ejus erant, & proximum ab eo gradum in familia obtinebant: atque his non extantibus, statim loco proximo agnatos: sed postquam & alii tum a Prætore, tum constitutionibus admissi sunt & præpositi agnatis, lex duodecim tabularum, non nisi istis quoque deficientibus vim suam exercuit, agnatisque detulit hæreditatem.

Ad agnatum proximum.) In primo ordine sufficit, verbi causa, suum esse, nec gradus quæritur: in secundo agnatum esse non sufficit: sed proximitatis sive gradduum ratio habetur ex verbis legis duodecim tabul. §. 5. *infr. hoc tit. l. 2. §. 3. de suis & legit.* in duodecim: *adgnatus proximus familiam habeto.*

TEXTUS.

De adgnatis naturalibus.

1. *Sunt autem adgnati, (ut primo quoque libro tradidimus,) cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre connati. Itaque ex eodem patre* nati *fratres adgnati sibi sunt: qui & consanguinei vocati fratres adgnati sibi sunt: nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Ii etiam, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hæreditatem; sed iis, qui tunc proximiore gradu sunt, cum certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.*

NOTÆ.

1. *Libro primo*) *supr. tit. de legit. agn. tut. in pr.* *Per virilis sexus person. conjuncti*) Supple, *nec capite minuti*, §. *ult. supr. d. tit.* & generali quidem nomine adgnatorum continentur etiam sui, *l. ult. §. 3. de gradu & affin. l. 2. de suis & legit.* In specie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem sexum conjuncti: & specialissime iis, qui sequuntur consanguineos, id est, fratres, ὁμοπατρίους *l. 2. princ. de suis & legit.*

COMMENTARIUS.

1. *Modestini locus in* l. 5. unde legit *expositus.*
2. *Quot modis nomen agnatorum usurpetur?*
3. *Qui nostri consanguinei, & unde sic appellentur?*
4. *Prærogativa consanguinitatis sublata.*

(1) *Cognati per virilis sexus personas*) Eodem modo describit adgnatos, *lib. 1. tit. d. leg. agn. tut. & JC. leg. ult. §. 2. de grad. & affin.* nempe inter cognatos & agnatos hoc interest quod inter genus & speciem, ut ait Paul. *d. l. ult. §. 4. de grad. & affin.* genus cognati, agnati species cognatorum. Cæterum nomen cognationis non tantum generale est, sed etiam speciale & proprium eorum, qui vel per fœminei sexus personas conjunguntur *d. leg. ult. §. 2.* vel capitis diminutione jus adgnationis amiserunt: quippe ad quos speciali & proprio nomine designandos discernendosque ab agnatis necesse fuit, nomen generale atque utriusque commune coarctare & quasi proprium facere ejus speciei, quæ aliud nomen proprium non invenit, quod in aliis quoque nominibus sæpe usuvenit, ut noravimus *supr. de adopt. §. 1.* eaque significatio frequentissima & in hoc argumento fere perpetua est. (1) Alio autem sensu dixit Modestinus, in agnatis & cognatos contineri, in cognatis non utique & adgnatos, *l. 5. unde legit.* nimirum considerans essentiam generis & speciei. Generis enim essentia tota inest in singulis speciebus: tota vero speciei essentia non est in genere: siquidem, ut Porphyrius *cap. 4.* scribit, διαφορα ἐστι, πλειόσι πολλῷ τῷ ἐν & ibid. Τίνος δ' ὑπάρχει μετὰ πολλῶν ἓν τὸ τῷ ὑφ' αὐτὸ διαφορᾶς, ταύτης δὲ οὐδενός, (2) Adgnatorum quoque nomen modo generalius, modo specialius usurpatur. Generali significatione continentur etiam sui, *d. l. ult. §. 3. de grad. & affin.* unde filius dicitur patri esse adgnatus proximus, *l. 12. de suis & legit.* Specialiter vero adgnati appellantur, qui ex latere sunt per virilem sexum conjuncti, ut in præsenti tit. Sed & ex his quidam nacti sunt nomen speciale, vocatique consanguinei, ut fratres & sorores eodem patre genici: unde altera vocis restrictio, agnatique specialissime appellari, qui fratres sequuntur, leg. 2. *in princ. & §. 1. de suis & legit. l. 4. unde cogn. lib. 6. §. 1. ad SC. Tertyll.* quam distinctionem meadia peperit jurisprudentia. VINN. Addenda & illa significatio, qua *agnati* distinguuntur, a *gentilibus*, quos post agnatos tertio loco admittebant duodecim Tabulæ. Unde *apud Pariat. LL. Mos. & Rom. tit. 16. §. 4.* Succedebant ergo primo domus, dein familia, postremo gens. *Agnati* ergo sunt, quotquot ex eadem familia: *gentiles*, qui ex eadem gente sunt, vel, ut Cicero *in Top. cap. 6.* definit, *qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorem nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti.* Sic ex. gr. gentis Domitiæ duæ erant familiæ, Calvinorum & Ahenobarborum. Omnes Calvini, itemque omnes Ahenobarbi inter se erant agnati, omnes Domitii, ex utroque familia gentiles, modo essent ingenui, nec capitis deminutionem passi. Unde *gentiles* erant ejusdem *nominis*, ut est apud Festum in voce *Gentilis*; *agnati* ejusdem cognominis. Sed gentilitatis jura jam Ulpiani temporibus, non amplius in usu erant. *Pariat. LL. Mos. & Roman. ibid.* HEIN.

(3) *Qui & consanguinei vocantur*) Fratres ὁμοπάτορες, id est, ex eodem patre nati consanguinei nostri dicuntur. Cajus *lib. 2. tit. 8. §. 3. leg. 3. C. de leg. tut. leg. 1. l. 6. C. de legit. hæred.* Hinc, Virgilius *6. Æneid.* soporem appellat *lethi consanguineum*, quem Homerus ξ. Iliad. Κασίγνητον θανάτοιο, Græci ὁμαίμους vocant, teste Theophilo. Dicuntur & συμβιωτοὶ Sophocles *in Ajac.* τὸν τᾶς μανίας συμβίωτον ἀποκαλοῦντες, *fratrem furosi vocantes.* Ita consanguineum interpretaberis, *leg. 1. §. post suos 9. l. 2. in princ. de suis & legit. l. 1. §. pen. l. 6. §. 1. l. 7. ad SC. Tertyll. l. 1. C. ad Orfit. l. 1. C. de lærgit. hær.* Cassius consanguineos definit, qui sanguine inter se connexi sunt, *d. leg. 1. §. pen. de suis & leg.* quæ definitio nimis lata videtur: nam & cæteri agnati atque adeo cognati omnes sanguine inter se conjuncti sunt. Quin etiam per jus sanguinis sola naturalis cognatio sæpe significatur: ut in *leg. 2. unde cogn. l. 12. de manum. vind. l. 23. de adopt. l. 8. de reg. jur.* Necesse igitur est, propria quadam ratione fratres eodem patre progenitos isto nomine, alioqui communi, appellatos esse: fortassis quia hi eumdem sanguinis auctorem immediate habent, & quod sanguinis origo magis ex patre æstimanda sit, quam ex matre; quippe cum etiam Peripatetici, si

Gale-

Galeno & recentioribus quibusdam credimus, totum hoc ex patre æstimaverint. Jura igitur consanguinitatis a patre, ut ait Jurisconsultus *l. 4. unde cogn.* oriuntur, quæ de causa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diversas, *l. 1. C. de legit. hær.* Hodie vero fratres jure solius consanguinitatis non habent, sed qui ex utroque parente conjuncti sunt, præferuntur iis, qui conjuncti sunt, ex uno dumtaxat: nec qui ex eodem solum patre conjunguntur, plus juris habent, quam qui eadem tantum matre nati, *Nov.* 118. *c.* 3. *auth. itaque C. comm. de success.* ubi consanguinei appellantur in specie, qui tantum eumdem patrem habent: opponuntur enim tam fratribus germanis, quam uterinis. Canonistæ verbo consanguinitatis usi sunt ad significandam omnis generis cognationem; *tit. de consang. & affin.*

Fratres patrueles, qui etiam consobrini) Agnatorum numero sunt & duorum fratrum filii, qui fratres patrueles appellantur, & ἀνεψιοὶ consobrini proprie enim, ut quidam putant, consobrini sunt duarum sororum liberi, ita dicti quasi consobrini, *vid. infr. tit. 6. §. 4.* ubi hoc fusius explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili sexu ab eodem orti in infinitum invicem agnati sunt, *leg. 2. §. 1. de suis & legit.* Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem *tit. 6. infr.*

Qui post mortem patris) Etiam qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis & agnationis habent, *l. ult. unde legit. l. 1. §. pen. de suis & legit.* Cæterum quod ad jus succedendi attinet, necesse est, ut moriente eo, de cujus successione quæritur, in rerum natura fuerint, aut saltem vivo eo concepti, *leg. 6. cum 2. seqq. de suis & legit.* vid. *sup. tit. 1. §. 8.*

Qui proximiore gradu sunt, &c.) Legitima hæreditas tantum proximo defertur, *l. 2. §. 4. de suis & legit.* & diserta sunt verba ipsa legis duodecim Tabularum. *Agnatus proximus familiam habeto.* Æstimatur autem proximus ex tempore delatæ hæreditatis, quapropter si nullum factum est testamentum, proximus intelligitur, qui tunc fuit, cum paterfamil. moreretur, si factum est testamentum, qui tunc, cum certum esse cœpit, ex eo testamento hæredem existere non posse. Sed hæc alterum fusius §. 5. *& seqq.*

TEXTUS.

De adoptivis.

Per adoptionem quoque adgnationis jus consistit: veluti inter filios naturales, & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin ii improprie consanguinei appellentur. Item si quis ex cæteris adgnatis suis, veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, adgnatus inter tuos esse non dubitatur.

COMMENTARIUS.

AGnatorum nomen civile est, *leg. ult. §. 4. de grad. & affin.* ubi & suorum hæredum. Proinde quemadmodum nihil interest, quoad jus suitatis, utrum naturales sint patris, an adoptivi, §. 2. *præc. tit.* ita quoque quod ad jus adgnationis attinet, nihil refert, utrum nativitate conjuncti sint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iisdem fit agnatus, quibus pater ipsius agnatus fuit, legitimamque eorum hæreditatem consequitur, vel ipsi illius, *V. 2. §. 3. de suis & leg. l. 23. de adopt.* Ulpian. *in collat.* Rufin. *tit. 16. Consanguineos & adoptio facit & adrogatio.*

Improprie consanguinei) Recte: nam ex definitione Cassii consanguinei proprie sunt, qui sanguine inter se sunt connexi, *l. 1. §. pen. de suis & legit.* hoc est, ut nos interpretati sumus, qui eumdem patrem sanguinis auctorem habent; adoptati vero, etsi communem cum liberis naturalibus patrem habeant, sanguinis tamen paterni nexu cum illis copulati non sunt. Male autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio ab *l. 23. de adopt.* quo in loco manifestum est, jus sanguinis accipi non pro consanguinitate, sed pro mera cognatione naturali. Cæterum etsi adoptati proprie consanguinei non sunt, jus tamen consanguinitatis, & propter hoc legitimæ successionis, cum aliis, qui sunt in familia, habent, *l. 1. §. ult. de suis legit. l. 44. de adopt.* atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi consanguinei vocantur, *l. 2. §. sed & si 19. l. 7. dd. Tertyll.* Post constitutionem Justiniani *l. pen. Cod. de adopt.* soli ex adoptivis jus consanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciscuntur, qui adoptati sunt a persona non extranea.

Agnatus inter tuos esse non dubitatur) Hotomannus agnatos legit in casu accusandi: quod parum refert. Ini vulgatis codicibus est *inter suos hæredes*: sed illa lectio manifeste vitiosa est, & vox *hæredes* omnino delenda; quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abesse testatur Hotomannus. Cum eodem pro *suos* reposui *tuos*: quia contextus id flagitat.

TEXTUS.

De masculis & fœminis.

3. Cæterum inter masculos quidem agnationis jure hæreditas, etiamsi longissimo gradu sint, ultro citroque capitur; quod ad fœminas vero attinet, ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hæreditatem, si sorores sint; ulterius non capiant. Masculi autem ad earum hæreditates (etiamsi longissimo gradu sint) admittantur. Qua de causa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hæreditas ad te pertinebat: tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura constitui, ut plerumque hæreditates ad masculum confluerent. Sed quia sane iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli, Prætor eas bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim Tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes adgnatos, sive masculos sive fœminas cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat quidem lege duodecim Tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitatæ, præfatam differentiam inducebat; & penitus eas a successione adgnatorum repellebat, omni alia successione incognita: donec Prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt: & cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas

adjuvabant, & pollicebantur his bonorum possessionem; qua unde cognati appellatur. Nos vero legem duodecim Tabularum sequentes, & ejus vestigia hac in parte conservantes, laudamus quidem Prætores suæ humanitatis: non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim, uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in masculis quam in fœminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum; ex adgnatis autem in mulieribus nulli penitus nisi soli sorori ad adgnatorum successionem patebat aditus. Ideo nos in plenum omnia reducentes, ad jus duodecim Tabularum eamdem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sancimus, omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes (sive masculini generis sive fœminini sint) simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogativam, nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

NOTÆ.

3. *Simplicitatem legibus amicam*) *sup. §. 7. de fideic. hæred.* dicit, sibi in legibus magis simplicitatem, quam difficultatem placere.

Sive quod deerat implentes) Theoph. ἢ ὃ ἔλειπεν πληροῦντες, ἢ τὸ ἐλλεῖπον ἀναπλήρουν ἢ τοῦτο, *aut potius quod deerat implentes.* Quod Prætori familiare, *l. 7. de just. & jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando consanguinitas ab agnatione distingui, & quam ab causam capta?*
2. *Fœminæ agnatæ non consanguineæ quo ordine vocentur a Prætore?*
3. *Quid per mediam jurisprudentiam intelligat Justinianus? Ubi quædam non vulgaria.*
4. *Veteris Jurisprudentiæ contra accusationem Justiniani defensio.*

LOcus verbosus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam successionem fœminarum agnatarum, & revocatur jus vetustius. Lege duodecim Tabularum fœminæ agnatæ juxta ac masculi, cujuscumque gradus essent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur: quod jus, cum mediæ ætatis consultorum interpretatione coangustatum esset, restrictumque ad consanguineas, id est, sorores, ἀδελφὰς, exclusis remotioribus, quæ tantum a Prætore postea admissæ sunt nomine proximitatis in ordine cognatorum, Justinianus hic restituit. Hæc summa est.

Etiamsi longissimo gradu) Id est, ut plerique interpretati sunt, etiamsi decimo sint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum successionem, rectene, ac secus videbimus infra §. *ult. de success. cognat.*

(1) *Ut ipsæ consanguinitatis jure*) Hoc est, fraternitatis. Nam ex quo hoc jus introductum est, consanguinitas cœpta, est distingui ab agnatione, & consanguinei ab agnatis ulterioribus; & quia postea consanguineæ mulieribus sexus personæ licet agnatæ essent, non admittebantur, agnatos definierunt esse virilis sexus personas, *l. 2. §. 1. de suis & legit.* duoque quasi ordines ex uno facti: *l. 1. §. 9. d. l. 2. in princ. d. tit. l. 4. unde cogn.* cum antea lex duodecim Tabularum omnes per virilem sexum cognatos uno agnatorum nomine appellasset, & proximis ex his sine ulla sexus aut consanguinitatis discretione detulisset hæreditatem.

Quia commodius videbatur) Prudentibus visum fuit utilius esse ac rationi magis consentaneum, ut hæreditates ad masculos potius quam ad fœminas pervenirent; non tantum quia masculi reip. magis prosunt, dum aut bella gerunt, aut sacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, quam rationem hic affert Theophilus: aut ne mulieres ditescerent, ac propter hoc elatæ æquarent se viris: verum etiam & potissimum quia familiæ, quæ in fœminis intereunt, per mares conservantur & propagantur. Ac talis etiam scopus decemviris propositus fuit, dum solis agnatis hæreditatem detulerunt, exclusis cognatis omnibus non ejusdem familiæ, *Proximitatis nomine*) Quia cognati non alio jure, quam proximitatis veniunt, & hoc ex dicto Prætoris verbum proximitatis factum est propium juris Prætorii, eoque cognati proprie designantur, non agnati, *leg. 3. leg. 4. unde cognati.* In suis hæredibus nulla omnino servatur gradus prærogativa. In ordine vero agnatorum, etsi proximitas etiam spectatur, dum agnati inter se conferuntur, ea tamen spectatur, quando conferuntur cum cognatis; quippe quibus omnibus solo jure agnationis præferuntur, etiamsi ipsi longe sint remotiores.

(2) *Si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus*) Fœminas adgnatas secundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum a successione ab intestato repellebantur, postquam iis jus agnationis in ea causa ademptum erat disputatione fori, Prætor, ne in universum excluſæ manerent, in linea, quam tertiam ipse fecit, admisit, id est, nomine proximitatis vocavit ad bonorum possessionem unde cognati. Et vero nulla causa fuit, cur has minus in eo ordine admitteret, quam qui tantum cognati sunt. Ait, *neque adgnatus ullus* Non ait *proximior*, ut mox, cum de cognato loquitur: quia universus agnatorum ordo cognatis simpliciter præponebatur sine consideratione gradus. Ait, *neque proximior cognatus.* Nam in successione cognatorum, ut quisque proximior est, ita alterum excludit: nec Prætor quicquam in deferendâ hac bonorum possessione considerat præter solam proximitatem.

(3) *Media jurisprudentia*) Cujacius & Hotomannus, quos Pacius & Tuningius sequuntur, existimant, imperatorem ita loqui, cum intelligat *ruditatem*, seu leges, quæ latæ sunt post duodecim Tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed a vero longe abest hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam priscis temporibus in desuetudinem abierat, ut aperte testatur Gell. *lib. 20. cap. 1.* Jus autem, quod hic media Jurisprudentia introduxisse dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in virili observantia. Paul. 4 *sent.* 8. Ulp. *tit. de legit. hæred.* §. *ad fœminas* 6. Ac diu etiam post obtinuit, adeoque duravit usque ad tempora Justiniani, qui demum post consulatum Lampadii & Orestis id sustulit, *leg. ult. C. de l. hær.* Præterea, ut alibi ostendimus ex Cic. Ascon. Dion. Augustino, lex Voconia sanxerat, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, ac ne unicam filiam. Quod si ita est; nullo modo referri ad legem Voconiam potest, quod hic adscribitur mediæ Jurisprudentiæ. Nam si Voconius ne filius quidem ad hæreditatem patris admisit, procul dubio magis removit sorores a successione fratrum: & sic nec ex testamento fœminas hæredes esse voluit, multo minus ab intestato: quippe plus semper tributum voluntati testatoris, facit

§. 12.

§. 12. *sup. tit.* 1. *l. pen.* §. 1. *C. de adopt.* Fefellit haud dubie Cujacium idem, quod Hotomannum, nimirum locus Pauli 4. *sentent.* 8. ubi sic scribit. *Fœminæ ad hæreditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex duodecim Tabularum nulla discretione sexus adgnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere possis, rogatione Voconia effectum, ne fœminæ ultra consanguineas ad legitimam successionem admitterentur, quam jure civili, hoc est, disputatione Jurisconsultorum: quæ juris pars, uti constat, communi nomine appellatur jus civile, *l.* 5 §. 5. *de orig. jur.* Disjuncta enim cum sit Pauli oratio, non minus hoc, quam illo posito, veritas ejus constabit. Ac proinde si verbis Justiniani servientes mediam jurisprudentiam cum Theophilo interpretemur, τὴν μεσὴν τῶν παλαιῶν σοφὴν, non magis nobis Paulus adversabitur, quam alios juvabit, qui Voconium plebiscitum intelligunt: videturque tantum Jurisconsultus usus esse hac disjunctione, ut sibi caveret, cum id quod de legitima consanguinearum successione, & reliquarum agnatarum exclusione scribebat, alterutro quidem jure effectum sciret, utro autem effectum esset, in præsentia non occurreret, nec vacaret inquirere. Nos vero sine cunctatione jure civili adscribemus, quod tribunitiæ rogationi nullo modo tribui posse clare ostendimus, idque ex ipsius etiam sententia Pauli. Quippe cum in omnibus disjunctionibus a differente significetur, unum saltem verum esse: Et omnino sic sentio, jam diu antequam Voconius legem rogaret, quod factum esse inter secundum & tertium bellum Punicum, testatur August. 3. *de Civit. Dei cap.* 21. prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas fœminarum successiones coercitas fuisse intra gradum consanguinearum. Postea autem lege Voconia fœminas omnes penitus remotas fuisse & ab omni successione. Cæterum cum ea lex, ut nimis rigida, paulatim iterum in desuetudine abiisset, revocatum denuo fuisse jus pristinum, non quod duodecim Tabulæ, sed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio mediæ nomine jurisprudentiæ hic significatur. VINN. Verissimum est, hoc jus esse ex jure civili, id est, ex interpretatione prudentum. Sed nec minus verum, illud introductum esse ex rationibus Voconianis, quibus & eversa ac abolita lege Voconia locus esse potuit. Confer omnino quæ erudite ad Paul. *recept. sent. lib.* 4. *tit.* 8. disserunt V. C. Ant. Schultingius. Inde autem non sequitur ut jus civile hic sit idem ac *jurisprudentia media*. Nimirum uti omnem jurisprudentiam, quæ Prætoris edictum antecessit, vocarunt *veterem*: ita *media* est, quæ per edictum perpetuum invecta, *nova*, quæ per constitutiones novorum Principum. Ita rem ego concipio: nec multo aliter V. C. Jac. Perizon *d. leg. Vocon. pag.* 198. NEIN.

Imperiali dispositione anterior) D. Wesembecius putat, mediam jurisprudentiam viguisse usque ad occupatam a Cæsaribus Remp. Sed malo cum Bachovio eam porrigere usque ad tempora translati in Orientem Imperii: tunc enim primum pleraque mutata sunt una cum forma Reip. & vetera instituta exolescere cœperunt. Priores vero Principes majorum institutis constanter inhæserunt, nec nisi parcissime legibus stante adhuc Repub. latis, aut veterum consuetudini derogarunt. Quin etiam major dignitas juri civili, hoc est, disputationi fori, accessit, ex quo Augustus constituit, ut consulti ex Principis auctoritate de jure responsitarent, legesque interpretarentur, *leg.* 2. *circa fin. de orig. jur.* Quamobrem quod Justinianus hic ait de Imperiali dispositione, id ad Imperatores refero Constantinopolitanos.

Laudamus Prætores suæ humanitatis) Ἐφιλανθρωπεύσατο, more Græcorum: intelligitur enim *ergo* vel *causa*. Theophilus in paraphrasi reddidit, διὰ τὴν φιλανθρωπίαν τῶν πραίτωρων. Laudat quidem Prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris est. Luc. 16. ἐπέτυχε τὴν σιτομέτρια τῆς ἀφορίας, Eadem reticentia est apud nostros, cum ajunt, *noxæ dedere, satis legatorum desiderare, leg.* 3. §. 2. *ut in poss. legat. satis dotis fieri, leg.* 22. §. *si patri* 4. *sol. matrim.* id est, nomine noxæ, nomine legatorum, dotis. Cicer. 5. *in Verr. aliquid lucri vel accessionis dare*, id est, nomine, vice accessionis. Cels. *lib.* 1. laudatur Hyppocrates *artis & facundiæ*.

Quare etenim, &c.) Tota vetus jurisprudentia ponderet, æquissimum esse, ut plus maribus tribuatur, quam fœminis propter onera, quæ domi militiæ æque solis mares sustinent, dum operantur, bella gerunt, munia omnia reip. obeunt. In bene constitutis civitatibus præcipuam semper familiarum & gentium rationem habitam fuisse, quarum dignitas cum sine opibus & pecunia retineri non possit, optimos quosque legislatores in id operam dedisse, ut ad masculos fere hæreditates confluerent, ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque. Sext. Cæcilius Jurisconsultus etiam legem Voconiam revocandam censeret. Diceret, nihil sibi ea lege videri utilius: quippe qua impotenti sexui præclusa sit via omnis perveniendi ad divitias, ne ditatus insolenter sese efferat, & insultet ipsis viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familiæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, se illius legis jactare suasorem, &c. Sed noster legislator more suo pro muliebri sexu, cui impense semper favet, declamitat, *l. pen. Cod. de legit. hæredit. l.* 4. *C. de lib. præt.*

Nostra constitutione) Extat in *d. l. pen. C. de leg. hær.* ubi similiter, ut hoc loco, legem duodecim Tabularum prolixe commendat, ut quæ bene humano generi prospexerit. Cæterum ubi visum est, eam iterum incusat, veluti in *pr. seq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis angustis terminis jura successionis concluserit. Tandem longissime ab ea recessit, sublata omni agnatorum prærogativa. *Nov.* 118.

Secundum sui gradus prærogativam) Ita ut ex constitutione Justiniani fœminæ omnes agnatæ gradu proximiores agnatis masculis remotioribus præferantur. In quo plenius ipsis consuluit, quam Prætor, qui agnatas remotiores consanguineis ne in ordine quidem agnatorum admisit, sed demum post omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & post cognatos proximiores. Ut autem hic utrumque in suo ordine exæquavit Justinianus; ita *dicta Novella* 118. jura agnationis & cognationis.

TEXTUS.

De filiis sororum.

4. *Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a jure cognationis in legitimam successionem: ut non solum fratris filius & filia, (secundum quod jam definivimus) ad successionem patrui sui vocentur; sed etiam germanæ con-*

consanguineæ, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniant; & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filius, avunculus autem sororis suæ soboli, similiter ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi fratres & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus, cæteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hæreditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

NOTÆ.

4. *Vel uterinæ filius*) Ipsi fratres & sorores uterini jam ante editam *d. l. pen.* translati fuere in ordinem legitimorum, *l. ult. Cod. ad SC. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult. §. 2. Cod. de leg. hær.*

Sed in capita) Ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium reliquiter, alter duos: hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *l. 2. §. 2. de suis & leg.* Ulpian. *tit. 26. §. 3.* Nec id abolitum *dicta Novella* 118. *c. 3. §.* Utique in Oriente observatum constat Harm. *lib. 5. tit. 8. §. 22.*

COMMENTARIUS.

1 *Fratres germani.*
2 *Fratres uterini, eorumque & ex iis natorum in ordinem legitimorum translatio, novissimique juris crebra inculcatio.*

IN calce superioris tit. descendentes ex fœminis transtulit in ordinem suorum: proxime præcedenti §. fœminis agnatis ultra secundum gradum jura successionis legitimæ restituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accersitos transponit in ordinem agnatorum, sororum scilicet filios & filias, itemque avunculos defuncti: quos pariter cum agnatis ejusdem gradus vult succedere. Non quiescit, donec discrimen omne sexus, agnationis, cognationisque confuderit.

Addendum nostræ constitutioni) Duo sunt constitutionis supradictæ, scilicet & *leg. pen. Cod. de leg. hæred.* capita: quorum in priore fœminis agnatis, quocumque gradu sint, jus legitimæ successionis datur, in altero sororum filiis & avunculis defuncti.

Unus tantummodo gradus) Tertius scilicet. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum, ut post agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant. Cæterum *Nov.* 118. cognatis omnibus æqualia jura cum agnatis concessit.

(1) *Germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius*) Ἀδελφῆς ὁμοπατρείου ἢ ὁμομητρείου υἱός, sororis consanguineæ, vel uterinæ filius. Theoph. sic in extremo §. præcedentis germanam appellat etiam, quæ ex eodem tantum patre nata est. Vulgo tamen creditur, fratres germanos proprie dici, qui eumdem utrumque parentem habent. Terent. *in Andr. act. 1. scen. 6. vers. 57. Si te in germani fratris dilexi loco.* Idem *in Adelph. act. 2. scen. 4. v. 5. O mi Æschine, o mi germane.* Magis id probat locus Ciceronis *pro Milon. cap. 27. Clodius cum sorore germana nefarium stuprum fecit.* Ubi *germana* expressum videtur ad augendam gravitatem delicti; cum grandius nefas admittat, qui sorori ex utroque parente conjunctæ stuprum infert, quam qui consanguineæ tantum aut uterinæ. Nomen a germine deductum Festus scribit; *Germen*, inquit, *est, quod ex arborum fusciculis nascitur, unde & germani, quasi eadem stirpe geniti.* Græcis dicuntur αὐτάδελφοι & αὐτοκασίγνητοι. Podarces αὐτοκασίγνητος Protesilai. *Iliad. 13.*

(2) *Vel sororis uterinæ.*) Fratres & sorores uterini qui dicantur satis notum est, nimirum qui geniti diverso patre prodierunt ex eodem utero, sive qui eamdem habuerunt matrem dumtaxat, ὁμομητρεῖοι, seu Cognati. Sic autem hic loquitur Imperator, quasi ipsa soror uterina sit in numero legitimorum. Estne igitur? Jure antiquo sane non fuit, cum non sit agnata: & constat, eo jure filium fratris præmortui sororem defuncti uterinam excluisse agnatosque adeo omnes, quamtumvis gradu remotissimos, ordine tamen potiores fuisse solis cognatis. Sed sciendum est, ipso Justiniano jam ante editam *leg. pen. Cod. de leg. hær.* fratres & sorores uterinos translatos fuisse in ordinem legitimorum, *leg. ult. ad SC. Tertyll.* quod repetitum postea *leg. ult. §. 2. Cod. de leg. hær.*

Soli & non deinceps) Solos nunc filios & filias sororis, qui in tertio cognationis gradu sunt, cum agnatis ejusdem gradus ad legitimam successionem vocat, non ulteriores cognatos. *Nov.* 118. omnes pari jure; ut jam dictum est.

Avunculus autem sororis suæ soboli) Finge igitur, esse defuncto, de cujus hæreditate agitur, filium fratris, esse & filium sororis, præterea patruum & avunculum; hi cognati, filius scil. sororis & avunculus defuncti, una cum agnatis, fratris filio & defuncti patruo, ad hæreditatem jure legitimo venient. In *dict. Nov.* 118. fratrum & sororum filii patruis & avunculis defuncti etiam præferuntur.

Frater & soror superstites non sunt) Hoc quoque mutatum jure novissimo, unaque cum fratribus & sororibus defuncti admissi germanorum fratrum & sororum filii & filiæ jure repræsentationis, ut in stirpes veniant, *d. Nov.* 118. *cap.* 3. *Nov.* 127. *cap.* 1. Eodem jure: non solum fratres germani, sed etiam eorum demortuorum filii præferuntur fratribus defuncto conjunctis, ex uno latere tantum.

Successionem admittentibus) Repudiantibus enim vel deficientibus primis succedunt & admittuntur proximi graduum sequentium. De quo sub §. *pen. inf. eod.*

Non in stirpes, sed in capita) Ut hæreditas in tot partes distribuantur, quot sunt hæredes, ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit, hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *leg. 2. §. 2. de suis & legit.* Ulpian. *tit. 26. §. 3.* Ratio cur in capita fiat divisio, hæc est, quod omnes, ut pari gradu sunt, ita suo quoque jure atque ex sua persona veniant, non jure repræsentationis atque successionis in locum parentum; cum alioqui simul cum suis patruis & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hæreditatem avi una cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in stirpes succedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, etiam soli sunt, in stirpes succedere debeant quod Joannes voluit, an vero in capita, ut olim quod Azoni placet, videbimus *infr. sub tit. 5.*

TEX-

TEXTUS.

De proximis vel remotis.

5. *Si plures sint gradus adgnatorum, aperte lex duodecim Tabularum proximum vocat. Itaque si (v.g.) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim Tabularum proximum vocet: tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin, licet unus sit gradus adgnatorum, pertineat ad eos hæreditas.*

COMMENTARIUS.

LEX duodecim Tabularum proximum vocat) Hisce verbis: *Agnatus proximus familiam habeto, leg. pronunciatio 195. §. 1. de verb. sign.* Ulpian. *tit.* 26. Voluit ergo lex, in ordine agnatorum servari gradus prærogativam, & solos proximos hæreditatem capere; eaque causa est, cur inter agnatos semper in capita, non in stirpes hæreditas dividatur, *leg.* 2. §. 2. *de suis & legit.*

Frater potior habetur) Nimirum quia frater secundo gradu est, fratris filius tertio: solum autem proximum lex vocat. Eadem ratione soror quoque defuncti consanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, *leg.* 3. *C. de leg. hær.* Cæterum, ut etiam dictum est §. *præced.* Justinianus *Nov.* 118. concessit fratrum filiis beneficium repræsentationis.

Si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur) Lex duodecim numero singulari proximum vocat, non quod, si plures sint pari gradu, neminem admitti voluit, quod esset ridiculum; sed quia divinare non potuit, quot quisque agnatos relicturus esset. Quod si ergo plures sint ejusdem gradus, ex mente legis omnes æqualiter admittuntur, *leg.* 2. §. 2. *de suis & legit.* Simili modo cum lex agnato proximo tutelam defert, si plures sint eodem gradu agnati, pariter omnibus deferre intelligitur, *leg.* 8. *leg.* 9. *de legit. tut.* §. *ult. sup. de sup. dem.*

Proprie proximus ex pluribus gradibus) Proximus enim dicitur relative ad differentiam remotiorum, eumque significat proprie, qui inter plures diversorum graduum proximior est, *l.* 1. §. 7. *unde cogn.* Sed docet hic Imperator, verbum hoc captandum non esse: atque ex sententia legis, etiamsi unus tantum gradus agnatorum sit, ad eos hæreditatem pertinere: quemadmodum & Ulp. *d. l.* 2. §. 45 *de suis & legit.* qui sic eo loco scribit: *Legitima hæreditas tantum proximo defertur. Nec interest, unus solus sit, an ex duobus prior, pluribusve ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel soli sint; quia & is proximus est, quem nemo antecedit; & is ultimus, quem nemo sequitur; & interdum idem primus postremusque, qui solus occurrit.* Add. *l.* 1. §. 5. *unde cogn. l. proximus* 92. *l. proximi* 154. *in vulgari* 162. *de verb. sign.*

TEXTUS.

Quo tempore proximitas spectatur?

6. *Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hæreditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento hæredem exiturum. Tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur: In quo spatio temporis sæpe accidit, ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus delatæ ab intestato hæreditatis non semper unum esse & idem.*

CUM quæritur, quo tempore spectandum, sive an quis suus sit, sive an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem est, semper spectari tempus delatæ ab intestato hæreditatis. (1) Cæterum hoc tempus non semper unum est & idem. Interest enim, utrum is, de cujus bonis quæritur, nullo testamento facto decesserit, quod tunc quoque intelligitur, cum aut non jure fecit, aut, quod fecit, ipso adhuc vivo eversum est, an facto jure testamento, quod demum post mortem ejus irritum constituatur. Priore casu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cum paterfam. moreretur; quia huic tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit, posteriore eum, qui tunc est, cum testamentum deseritur: quia mortuo patrefamil. testamento facto, non ante hæreditas ejus ab intestato deferri incipit, quam certum est, neminem ex eo testamento hæredem extiturum, *leg.* 2. *& 5. & 6. de suis & leg.* 1. §. 6. *& 7. unde cogn.* Uberius hæc exposuimus sub §. 7. *superioris tit.*

Tunc enim proprie quisquis intestatus) D. Contius legit: *Tunc enim etiam proprie* &c. quomodo Ulpian. *l.* 1. *prin.* §. *de suis & leg.* eum etiam, cujus ex testamento hæreditas adita non est, ait, non improprie intestatum decessisse. Sed Justinianus tantummodo indicare voluit differentiam, quæ sit in proposito inter eum, qui testamentum non fecit, qui protinus intestatus moritur, & eum, qui fecit testamentum, qui ex eo demum tempore, quo testamentum ejus destitutum est, intestatus decessisse intelligatur.

Qui moriente testatore non erat proximus) Sit species hujusmodi. Fecit quis testamentum, cum haberet patruum & patrui filium; deliberante hærede scripto, patruus decessit: mox hæres institutus repudiavit hæreditatem, patrui filius admittetur, *leg.* 2. §. 5. *de suis & legit.* quo loco quod Ulpian. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi constat, non qui ulterior sit, quo tempore admittitur, sive tempore destituti testamenti, sed anaphorice, qui erat ulterior cum patruelis moreretur.

TEXTUS.

De successorio edicto.

7. *Placebat autem, in eo genere percipiendarum hæreditatum successionem non esse; id est ut quamvis proximus, non secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut spreverit hæreditatem, aut antequam adeat, decesserit; nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum Prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine admiculo relinquebant, sed ex*

cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus, successionem in adgnatorum hæreditatibus non esse eis denegandam: cum satis absurdum erat, quod cognatis a Prætore apertum est, hoc agnatis est reclusum, maxime cum in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente sequens succedit: & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

COMMENTARIUS.

1 *Olim in legitimis hæreditatibus successionem non fuisse, & quamobrem?*
2 *Quomodo accipiendum, quod dicitur, successionem non esse in suis hæredibus: & num id postea mutatum?*

JUre antiquo in legitimis hæreditatibus non erat locus successioni, hoc est, proximo repudiante vel definiente ad insequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non transmittebatur. Ulp. *tit.* 25. §. 4. & ideo fratre verbi causa decedente antequam adiret aut repudiaret hæreditatem, fratris filius admitti non poterat. Paul. 4. *sent.* 8. Atque hoc est, quod scribit idem Ulp. *leg.* 2. *in princ. de suis & legit. Si sunt consanguinei, licet non adierint hæreditatem, legitimis*, id est, agnatis remotioribus *non deferri*. Rationem hujus juris suggerit Paul. *dict. leg.* quia omnis successio proximiori defertur, hoc est, quia Lex duodecim Tabularum hæreditatem defert agnato proximo, & tantum semel, ut unica illa delatione potestate legis consumpta, gradus insequens, cui lex non defert, *legitimo jure* admitti non possit. Nimirum sic primis deferebatur, ut in horum persona consisteret jus percipiendæ hæreditatis. Quod si illi hæreditatem omisissent, aut non adiissent morte præventi, sequentibus gradibus non deferebatur, sed vacabat hæreditas, eoque redibat ad fiscum ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hic abrogat, data legitimis hæredibus successione exemplo cognatorum.

In eo genere) In secundo scilicet ordine hæredum, in quo vocantur agnati. Quamquam nec in suis hæredibus successio est, teste Ulpian. *l.* 1. §. *sciendum* 8. *de suis & legit.* ubi scilicet agitur de gradibus ejusdem lineæ, de filio & nepote ex eo, ut postquam filio semel delata est hæreditas, nepoti ut suo hæredi aut cognato non deferatur, *leg. ultim. Cod. unde lib.* alioqui constat, nepotes in lucrum patris sui præmortui succedere, & una cum liberis primi gradus admitti ad hæreditatem avi. Putant autem plerique, etiam *dict. l. ult.* correctam esse per hunc §. aut certe per *Nov.* 118. *cap.* 1. sed contrarium teste Jasone tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienses, quorum sententia mihi videtur ex ratione Juris communis verior.

Nihilo magis legitimo jure sequentes) Quid si plures sint eodem gradu agnati, & quidam ex his omiserint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominus adirent? (2) Reliquis, qui adierint, illorum portio accrescit, & licet decesserint, antequam accrescerent, ad hæredes tamen eorum pertinet, *l.* 9. *de suis & legit.* §. *ult. insr. de SC. Orfic.* Ulp. *tit.* 26. §. 4.

Ex cognatorum ordine eos vocabant) Edicto successorio, *l.* 1. 6. *succ. edict.* Observabat autem Prætor in eo ordine gradus prærogativam, verb. grat. Titius intestato decessit relicto fratris filio, itemque filio sororis,

& alterius fratris nepote: repudiante hæreditatem fratris filio, nepos alterius fratris ad hæreditatem legitimam non admittitur, sed nec ut cognatus ad bonorum possessionem, quia obstat filius sororis cognatus proximior.

Agnationis jure eis recluso) *Recluso* dixit pro occluso; uei & item postea, *hoc agnatis est reclusum*, contra auctorum loquendi consuetudinem, quibus recludere est, quod clausum erat aperire, reserare, Virg. 8. Æneid. v. 244.

Infernas reserat sedes & regna recludat.

Horat. *l.* 3. *carm. od.* 2. *Virtus recludens immeritis mori Cœlum*, &c.

Justinianum tamen *lib.* 1. *cap.* 9. de pellicibus regiis loquens dicit singula separatim *reeludi* pro *occludi*. In *leg. penult. Cod. de legit. hær. recluditur* dixit Justinianus pro *excluditur*, cum ait: *Germana ejus ab eadem successione recluditur*.

Constitutione nostra) Constitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam *infr. tit.* 7. *in pr.* & multis aliis in locis, sed desideratur. Hac autem constitutione inter alia hoc cautum, ut agnato proximo hæreditatem sibi delatam repudiante, admitterentur ex eodem ordine gradus sequentes exclusis cognatis etiam proximioribus: atque ita auctius factum est jus agnatorum. (3) Hodie vero nullus est hujus beneficii usus, postquam cognati per omnia agnatis exæquati. *Nov.* 118. *cap.* 4.

Quod cognatis a Prætore apertum) Duas rationes offert Imperator, cur in agnatorum hæreditatibus locum esse velit successioni. Prima est, quæ hic redditur, quia Prætor eam admisit in ordine cognatorum, *leg.* 1. §. *qui semel* 6. & §. *quibus*. 10. *de succes. edict.* & ut verum fatear, mera quædam juris subtilitas est, quod proximiore agnato deficiente ulterior admitti non possit. VINN. Ex quo patet, falli Aleandrum & Oiselium, qui ad Caji *Instit. lib.* 12. *tit.* 8. §. 23. scribunt, agnatos remotiores jure civili exclusos vocatos esse edicto Prætoris *unde cognati*. Propiorem enim cognatum eo casu excluisse remotiorem agnatum certissimum est. Vid. V. C. Ant. Schulting. *Juris-prud. veter. pag.* 139. HEIN.

Maxime cum in onere tutelarum) Ratio altera & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideo pertinere ipsa Lex duodecim Tabularum voluit, quia eosdem vocavit ad hæreditatem, successioni locus est, & proximiore agnato vel mortuo, vel capite minuto, qui post eum est, in administratione succedit, *l.* 3. §. *pen. de leg. tut.* justum & æquum est, ut eodem modo deficiente priore, qui sequitur, emolumento potiatur hæreditatis, juxta *l.* 10. *de reg. jur.*

TEXTUS.

De legitima parentum successione.

8. *Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contracta fiducia fieri, quum apud veteres non aliter hoc obtineat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.*

NO-

NOTÆ.

8. *Ex nostra constit.*) *l. ult. C. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, salvo tamen jure patris manumissoris, ut scil. nihilominus tamquam patronus ad legitimam hæreditatem filii vocetur, *d. §. sup. quib. mod. jur. pat. pot.* Sed hodie parens manumissor jure patroni in commodo hæreditatis non amplius utitur. *Nov.* 118. *c.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *Filiumfam. hæredem ab intestato non habuisse usque ad constitutionem Leonis & Anthemii.*

2 *Quo loco ex ea constitutione pater vocetur, & quo ex Nov.* 118.

3. *Quo jure olim ut pater successionis filio emancipato?*

TRactatur hic de legitima successione parentis non quatenus ut parens consideratur, sed quatenus ut manumissor patronus. Quo ordine pater filio olim successerit, non satis liquet. Illud constat, in filiofam. hujusmodi quæstioni locum esse non potuisse jure illo veteri, quo filius omnia patri acquirebat. Ac licet postea exceptum fuerit peculium castrense, & paulatim etiam quasi castrense, permissumque filiofam. in his bonis hæredem sibi testamento instituere; jus tamen vetus hactenus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona ista pater jure peculii occuparet, *l. 2. l. 9. de cast. pec.* Hoc igitur casu manebat adhuc eadem conditio bonorum castrensium, quæ reliqui peculii. Atque hucusque filiusf. hæredem ab intestato habere non potuit: sed habere posse demum cœpit posterioribus temporibus, cum liberis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, & de veteri illo jure patrio multa detracta sunt. Extat constitutio Leonis & Anthemii *l. 4. C. de bon. quæ lib.* qua res liberorum defunctorum primo eorum liberis deferuntur: si nulli sint liberi, fratribus & sororibus: si hi quoque desint, tertio loco parentibus: nec ergo jam amplius tamquam peculium, sed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio succedendi fuit & in bonis castrensibus. Nam si bona adventitia, quorum usumfructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat, omnino credibile est nec potuisse castrensia. Quod & ipsum satis aperte testatur Justinianus in *princ. tit. quib. non est perm. fac. test. lib.* 2. cum ait, si filiifamil. qui castrense peculium habent, intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere; jure communi, hoc est, jure hæreditario, ex posteriorum Principum constitutionibus: nam si jure peculii ad patrem pertineret, nemo patri præferri posset; nec cuiquam hæreditario jure deferri. De quo in explicatione *dict. loc.* fusius disseruimus. Novella 118. parentes sine discretione sexus aut potestatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine secundo, cum quibus tamen simul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad filium vero emancipatum quod attinet, planum quidem est, patri manumissori legitimam intestati hæreditatem delatam fuisse: at quo jure quove loco successerit ut pater, non item. Habuisse patrem *jus* succedendi, patet ex eo, quod præteritus suo jure de inofficioso agere potuit, *l. 1. §. ultim. si par. a quis man. l. 14. de inoffi.* quod utique nemo potest, nisi qui jus succedendi ab intestato habet, & tamen jure civili hæredem eum esse non potuisse, argumento est, quod eo jure ad hæreditatem tantum sui hæredes, & his non existentibus agnati vocantur: patet autem neque suus est, neque agnatus filio emancipato. Dices, a Prætore admissum ad bonorum possessionem. Ex quo ergo capite: unde legitimi, an unde cognati? Si unde legitimi, debuit excludere fratres & sorores, qui ad bonorum possessionem fratris sui emancipati ex alio capite venire non potuerunt, quam unde cognati. Sed etsi unde cognati dicas, adhuc tamen pater jure proximitatis præferri debuit defuncti fratribus. Atqui contra pater a fratribus exclusus fuit, *l. 2. C. ad SC. Tert.* Rursus si unde cognati dicas, mater una cum patre vocari debuit, & post Senatusconsultum Tertyllianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri ordine præferri, *l. 2. §. ult. unde legit.* At pater in petenda bonorum possessione matri prælatus fuit etiam post illud Senatusconsultum, *l. 10. de suis & legit. l. 2. §. objicitur 15. ad SC. Tertyll. §. 3. inf. eod. tit.* Ego sic existimo, patrem olim admissum fuisse ex capite unde cognati, cognatisque omnibus nomine proximitatis prælatum, & jure patris etiam matri: quod jus ei expresse reservatum fuerit Senatusconsulto dictamque *l. 2. ad SC. Tertyll.* a Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora, & nominatim ad *l. 4. Cod. de bon. quæ lib. & l. 11. C. comm. de succes.*

Qui contracta fiducia, &c.) Id est, qui liberos ex pacto, fiducie sibi remancipatos manumittit. Nam inventis ad usurpationem vetustatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumissionibus, de quibus in §. *præterea*, 6. *supr. quib. modo jus pat. pot. solv.* solebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emptore imaginario contrahere de liberis sibi emancipandis, quos ipse deinde manumittebat, eoque facto, ipse pater in eos eorumque bona jura patroni consequebatur, *tit. si a par. quis man.* Cæteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia, hoc est, ea lege & fide saltem interposita, ut liberos sibi traditos emptor manumitteret: qui ob id dicebatur fiduciarius, teste Gajo *lib. 1. tit. 6. §. 3.*

Semper videantur quasi contracta fiducia fieri) Justinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, *l. ult. C. de emanc. lib.* salvo tamen jure antiquo patris manumissoris, ut scilicet adhuc ad legitimam hæreditatem filii vocetur, cæteraque jura patroni consequatur, perinde ac si contracta fiducia eum emancipasset. Parum autem subtiliter loquuti sunt Compositores, cum ajunt, emancipationem ex constitutione Justiniani semper intelligi fieri contracta fiducia. Cur enim, aut quomodo fieri videri volunt, quod penitus sublatum est? Jure Novellarum pareas manumissor jure patroni, quoad commodum hæreditatis non amplius utitur, *arg. Nov.* 117. *c.* 2. VINN. Videntur compositores hoc loco ad aliam respexisse constitutionem, quæ cum Cod. Justinianæo intercedit, qua Imperator sanxerit, ut pactum fiduciæ semper interpositum esse fingeretur, etiamsi expresse interpositum non esset. Sed hac constitutione post *l. ult. C. de emanc. lib.* non amplius opus fuit. Unde & omissa fuit in C. *Repetitæ prælectionis*. Cæterum omnino eatenus excusari nequeunt compositores Institutionum, quod immemores novæ illius constitutionis vetustioris & abolitæ fecerunt mentionem. HEIN.

TITULUS TERTIUS.

DE SENATUSCONSULTO TERTULLIANO.

Dig. Lib. 38. Tit. 17. Cod. Lib. 6. Titul. 56.

Argumentum hujus & sequenti Tituli.

HOC Titulo docet Imperator, quando & quomodo mater ad liberorum suorum intestatorum legitimam hæreditatem vocetur, in sequenti, quando & quomodo illi matri intestatæ succedant.

TEXTUS.

De lege 12. Tabb. & jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & proponebat masculorum progeniem & eos qui per fœminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus daret; nisi quod Prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum, possessione unde cognati accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

NE quidem inter matrem & filium) Ait, lege 12. Tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hæreditatis concessum fuisse. Quod verum est. Nam lex illa duos duntaxat ordines hæredum ab intestato fecerat, suorum scilicet hæredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec sui hæredes invicem sunt, nec agnati. Cognati quidem invicem sunt, sed cognati, nulli a lege vocantur. VINN. Hæc quidem in se vera sunt. Potuit tamen contingere, ut & mater ex lege 12. Tabb. filii hæres esset (1) si esset ejusdem familiæ, vel gentis, e.gr. si Scipio alterius Scipionis filiam duxisset, ex eaque procreasset liberos. His enim mater tanquam agnata succedere poterat, si esset proxima. Deinde (2) si mater in manum convenisset. Sic enim eodem erat loco, quo filiafamilias, adeoque & filiis tanquam agnata succedebat. Ast posteaquam media jurisprudentia agnatas præter sorores excluserat, & uxores rarius in manum convenire cœperant; rarissima quoque fuit matrum successio antequam Senatusconsulto Tertylliano illis prospiceretur. HEIN.

Nisi quod Prætores ex proximitate) Pro *nisi* utendum erat conjunctione discretiva, *cæterum* aut *sed*; ne quis putet, ex præscripto legis quod Prætores fecerunt. Sensus enim est, Prætorem more suo rigorem legis antiquæ mitigasse, & quod poterat, matrem & liberos, qui hæredes invicem ex lege non erant, invicem sibi feciisse bonorum possessores, ad mutuam successionem eos vocando in ordine cognatorum, quam ipse solius proximitatis & sanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

TEXTUS.

De Constitutione Divi Claudii.

1. *Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem D. Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hæreditatem.*

COMMENTARIUS.

HÆ juris angustiæ emendatæ) Hoc est, ipsi legi 12. Tabb. postea derogatum est, & quod Prætor facere non poterat, jus legitimæ hæreditatis etiam matri & liberis datum Senatusconsultis: ac deinde cum antea demum post omnes agnatos a Prætore vocarentur ad bonorum possessionem, vocari cœpti sunt ordine secundo ex capite *Unde legitimi*, *l. 2. §. ult. unde leg.*

Primus D. Claudius) De Claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propositam facere videatur, nisi huc referat, quod Sveronius scribit *c. 19.* eum fœminis dedisse jus quatuor liberorum; quod etsi quod significet, obscurum est, opinor tamen, eum intelligere jus liberis succedendi, cujus hic fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit, cæterum non omnibus, verum iis duntaxat, quæ quater peperissent. Sane accipi non potest pro jure liberorum, quod olim a Principibus pro beneficio datum fuit orbis ad evitandas pœnas legis Papiæ; quarum una erat, quod solidum capere non poterant: quod indicatur a Juvenale *satyr. 9.*

Jura parentis habes, propter me scriberis hæres,
Legatum omne capis nec non & dulce caducum.

Adulterum inducit Poeta, qui maritum hoc sibi beneficium debere ait, quod pœnas orbitatis lege Papia constitutas jam non patiatur, sed solidi capiendi jus habeat; quippe cum maritus ipse liberos ex uxore suscipere non posset, vicem ejus suppleisse, & inde liberos natos. VINN. Omnino privilegium a Claudio concessum apud Sveton. *cap. 19.* pertinet ad L. Juliam & Papiam: eoque id consequebantur fœminæ, ut tutela liberarentur, solidum & caducum caperent, pœnas orbitatis evitarent. Diximus ea de re fusius in *Comment. ad l. Jul. & Pap.* Proculdubio hoc privilegium a Claudio non tam omnibus fœminis, quam quibusdam speciali beneficio concessum est. Vide Cui *Not. postr. ad h.* §. HEIN.

Ad solatium liberorum amissorum) Ut hoc qualiquali solatio luctum amissorum liberorum levaret: quomodo Pompon. *l. 6. de jur. dot.* patri succursum esse scribit ut filia amissa dos ab eo profecta ei redderetur, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret. Hotomann. & Tuningius putant, per amissos significari eos, qui in acie ceciderunt.

TEXTUS.

Ad Senatusconsulto Tertyllianum. De jure liberorum.

1. *Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod Divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviæ deferenda, cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mor-*

mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut scilicet cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hæreditatem, cujus juri subjecta est.

NOTÆ.

1. *De tristi successione matri*) Ut ad quam summus mœror turbato ordine morte filii pervenit, ad eamdem quoque luctuosa hæreditas perveniret.

Licet in potestate parentis) *l. 6. C. ad SC. Tertyll.* Commodum tamen omne hæreditatis hoc casu acquirebat patri: hodie vero mater proprietatem, avus usumfructum habet, per *l. 6. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

Divi Hadriani temporibus) Zonaras *lib. 2.* testatur, hoc Senatusconsultum factum esse Divo Pio auctore, quod & fasti confirmant, in quibus post Barbatum & Regulum consules, ponuntur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam anno viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo Divum Hadrianum hic accipiemus non patrem, sed filium, Antoninum scilicet Pium, qui jure adoptionis idem cum patre nomen sortitus est, & Hadrianus quoque appellatur. Sic epistola vulgo Hadriani dicta, qua pluribus unius rei fidejussoribus beneficium divisionis datum est, D Pio tribuitur *l. si testamentum 49. §. 1. in fin. de fidejuss.* Ob eamdem rationem Hadrianus quoque Trajani nomine sæpe appellatur. Cujac. *hic*, VINN. Hæc omnia quam incerta sint, quamque parum fidei mereatur Zonaras, diximus *in Antiq. Rom. h. t. §. 3.* idemque ante nos monuit V. C. Ant. Schult. *in Jurispr. vet. ante just. p. 688.* HEIN.

Plenissime de tristi successione) Plenissime, id est, diligentissime; accurate enim de hac successione Senatusconsulto cautum, definitumque; qui cum matre concurrant, quos ipsa, vel qui ipsam excludant, quid matri faciendum incumbat, &c. vid. *l. 2. hoc tit. Tristi successione*: luctuosam hæreditatem appellat *l. ultim. Cod. de inst. & substit.* scilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet, liberos suæ superesse vitæ sospites & superstites.

Non etiam aviæ) Senatusconsultum Tertyllianum matri tantum filiorum filiarumve hæreditatem detulit, non aviæ aut ulterioris gradus ascendentibus nepotum neptumve aut deinceps descendentium. Unde petenda ratio *l. 9. Cod. de legit. hær.* quæ in successione intestatæ sororem præfert, aviæ nimirum consanguineam: nam ex edicto unde cognati aviam cum uterina, ut gradu parem, simul admissam fuisse non est dubitandum. Credibile autem est, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum processum non esse: ulterius tandem progressus est Justinianus, *Nov. 118.*

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor) Hoc quoque veterum legum veneration[i] datum videtur: quod Senatus non simpliciter matribus omnibus, sed quæ multos cives reipubl. peperissent prospexit: & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus Romanis, quæ quater enixæ essent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatusconsulto non succedunt, nisi jus liberorum a Principe consecutæ sint. Paul. 4. *sent. 9. in pr. & fin.* Ulp. *tit. 26. §. ult.*

Intestato mortuorum) Igitur necesse est, ut liberi defuncti, quorum de successione agitur, fuerint sui juris: nam qui in potestate sunt, jure antiquo nullo casu hæredem ab intestato habere potuerunt, ne in bonis quidem castrensibus, ut demonstravimus sub §. *ult. præc. tit.* Hodie vero id secus est; nam ex *Nov.* 118. mater proprio jure succedit, & vel sola, vel cum patre & fratribus defuncti: ut jam nullus amplius hujus Senatusconsulti usus sit.

Licet in potestate parentis) Quominus mater ad hæreditatem ex Senatusconsulto admitteretur, non impediebat, quod in aliena erat potestate, *l. 6. C. hoc tit.* quamvis hoc casu nihil admodum emoluenti ad eam perveniret, sed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebatur, quam matri, consuleretur. At hodie usumfructum tantum in proposito avus consequeretur, mater proprietatem habebit, per *l. cum oportet 6. Cod. de bon. quæ lib.*

TEXTUS.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittuntur?

3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed & filiæ suæ mortuæ filius vel filia præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hæreditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quam filiæ excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hæreditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.*

NOTÆ.

3. *Frater consanguineus &c.*) Tria dicit, 1. fratres defuncti consanguineos matrem excluisse, 2. sorores consanguineas, si solæ, cum matre admissas, 3. si & sorores & fratres consanguinei, sorores cum fratribus admissas exclusa matre.

Liberis onerata) Cuj & Ulp. *tit. ult. §. ult.* ostendit legendum esse *honorata*. Theop. τιμηθεῖσα δίκαιον παίδων, & *infr. §. 5.* κεκοσμῆσθαι. Cicer. 1. *Tusc. c. 35. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur?*
2 *Qui ex liberis filiæ defunctæ?*
3 *Qui adscendentium?*
4 *Qui lateralium?*

COntinet hic §. declarationem Senatusconsulti Tertylliani: doceturque primo quid juris sit, si cum matre defuncti existant liberi; deinde si pater aut avus paternus; tertio si fratres aut sorores.

Præferuntur matri liberi defuncti) Quando cum matre concurrunt liberi defuncti, sive primi sive ulterioris gradus, liberi matrem excludunt: idque sive agatur de masculi, sive de fœminæ successione, ut mox apparebit.

Qui sui, quive suorum loco) Hinc necesse est casus ponatur, quo filius mortuus est: siquidem filai suos hæredes habere non potest. Ait autem Imper. matri defuncti præferri liberos, qui sui defuncto hæredes

sint,

sui, tum qui sunt suorum loco. Sui sunt etiam liberi adoptivi: cæterum hi post emancipationem matri defuncti non obstant, dec admittuntur, nisi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo, *l. 1. §. liberi 6. hoc tit.* Quid autem juris hodie, si adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus suorum hæredum: sed tamen quia Justinianus expresse ius servavit jus successionis ab intestato, dicendum videtur, matri præferendos esse, *l. penult. §. 1. Cod. de adop.* Quid si quis decesserit relicta matre & item filia, quam in adoptionem dederit? Et quidem in adoptionem dati, neque sui hæredes sunt patri naturali, neque suorum hæredum loco. Placuit tamen, cessare Senatusconsultum, & simul admitti ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem & filiam, *l. 2. §. sed si 9. hoc tit.* Suorum loco sunt primum liberi emancipati, quos sæpe diximus Prætorem suorum numero habere, eosque tamquam suos, vel cum suis hæredibus vel solos bonorum patris possessores facere. Deinde suorum quoque loco sunt ex constitutionibus Principum, & præcise Justiniani, nepotes & pronepotes ex filia; nam & hi inter sups & cum suis vocantur, §. *ult. supr. de hæred. quæ ab intest.* ut matri defuncti præferri debeant, cum in suis, aut qui suorum numero sunt, gradus non quæratur, hoc est, nihil referat primi gradus sint, an ulteriorum, ut ipse Imp. hic docet.

Filiæ suæ mortuæ) Casus, ubi de filiæ intestato mortuæ successione quæritur. Ait *sua*, id est, quæ sui juris suæque potestatis fuerit: quomodo M. Tullius *lib. 3. de republ. Est*, inquit, *genus injustæ servitutis, cum ii sunt alterius, qui sui possunt esse.* Persius *satir. 5. v. 88.*

Vindicta postquam meus a Prætore recessi,

& alioqui nec huic Senatusconsulto, nec successioni ab intestato omnino locus esse potest, ut notatum §. *præc.* Utique illud palam est, liberos suos hæredes matri non esse. Apud Wesemb. vox *suæ* deest.

Filius vel filia præponitur ex constitutionibus) *Lib. 4. C. ad SC. Orfic. l. 11. C. de suis & legit. l. 3. & pen. C. Th. de legit. hær.* Ut autem filius & filia matri præferrentur, nec inter eos & matrem divideretur hæreditas, constitutionibus opus fuisse, ideo Hotomann. & Bachov. scribunt, quia pari jure niti videantur, mater suffragio Senatusconsulti Tertylliani, filius & filia Orficiani, & tamen in Orficiano excluduntur consanguinei, qui in Tertylliano aut præferuntur, aut cum matre concurrunt: unde si intestatæ mulieri consanguinei extant, & mater & filia, ad solam filiam ex Senatusconsulto Orficiano hæreditatem pertinere rescriptum est ab Alexandro *l. 2. C. ad SC. Orfic.* Plane illud ex constitutionibus est, quod etiam nepores neptesve admittantur, & matri defunctæ præponantur; *d. l. 11. C. de suis & legit. lib.*

(3) *Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus*) Jam cum matre conferre incipit adscendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi, patrem scilicet naturalem: nam adoptivus matri non nocet, *l. 2. §. objicitur 15. l. 3. hoc tit.* Ait, *utriusque*, id est, & filii & filiæ intestato mortuorum, de quibus distincte antea locutus erat. Summovebat autem matrem, sive manumissor hæres pater existat, sive non manumissori bonorum possesso competat, *d. l. 2. objicitur 15. l. 10. de suis & legit. Non etiam avus & proavus*, neque avus neque proavus, ait Ulpianus in Tertylliano, matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint, *d. objicitur 15.*

Cum inter eos solos) Scilicet, ajunt Hotomann. Wesemb. Pac. inter patrem & matrem; qui manifestus error est: pater enim semper & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino est ad proxime antecedens, nempe si mortuo jam ante patre defuncti, inter avum & proavum & matrem solos de hæreditate agatur: hoc casu significat Imperator, matrem potiorem esse: at ubi simul pater supersit, cui avus anteponatur, non item: verbi causa, nepos ab avo manumissus decessit patre & avo & matre superstitibus, hic avus manumissor, quia speciali jure tamquam patronus patri, id est, filio suo in potestate retento, præfertur, matrem quoque, cui pater obstat, propter patrem excludet, *l. 5. §. ult. h. t.* neque enim mater professe debet, quod avus patri anteponitur jure patroni. At patre mortuo, si avus solus extet cum matre, avus etiam manumissor matri postponetur, *d. l. 2. §. objicitur 15. eod.* Unde notant Jo. Fab. Porc. & alii: regulam, *si vinco vincentem te, multo magis vinco te*, non procedere, ubi non sunt pares termini: ergo dicerem, ubi non meo jure te vinco, sed propter tertium. Non absimilis casus est, qui proponitur ab Ulp. *d. l. si sit consanguinea 18. eod.*

Frater consanguineus excludebat matrem, soror autem pariter, &c.) Hic cum matre conferuntur fratres & sorores, atque hæc tria docentur, 1. si fratres consanguinei cum matre defuncti existant, fratres esse potiores. 2. si sorores consanguineæ, siquidem solæ, cum his pariter matrem admitti. 3. si & sorores sint & fratres consanguinei, non prodesse matri, quod tunc sorores æque ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & sorores & fratribus excludi. Porro cum fratres duntaxat & sorores hoc loco matri objiciantur, existimandum est, cæteris a latere venientibus sive agnatis, sive cognatis matrem præferri. Sed & quia consanguineorum tantum mentio fit, credibile est, fratres & sorores uterinos Senatusconsulto fuisse exclusos: cæterum Justinianus hos etiam cum matre admisit §. 5. *eod. Novella* 118. totum hoc jus mutatum est, ut identidem monuimus.

Et matre liberis onerata) Probabilis est conjectura Cujac. in *not. ad* Ulp. *tit. ult.* pro *onerata* legendum existimantis *honorata*. Ut enim verum sit, liberos matri esse oneri tamen respectu Senatusconsulti Tertylliani, de quo hic agitur, non oneri, sed emolumento matri sunt. Conjecturam Cujac. Theophilus quoque juvabit, qui vertit ἔχουσα δίκαιον πατέρων, & §. 5. eamdem appellat δικαίῳ πατέρων κληρονόμῳ. Cicero 1. *Tusc. c. 35. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

TEXTUS.

Jus novum de jure liberorum sublatum.

4. *Sed nos constitutione, quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non pepererit? immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

COM-

COMMENTARIUS.

Constitutione quam in Codice) Ea est *l. 2. Cod. de jur. lib.* qua matri jus legitimæ successionis omnimodo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit.

Impium esse credidimus.) Non debebat disputare adversus Senatusconsultum, quo jura matrum adaucta sunt: nec impium, sed plenum pietatis amplissimi Ordinis consilium fuit; nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atque educationem, & occurrere detestabili infantium exponendarum audaciæ: forte & flagitiis aliis fœminarum obviam ire, quæ, qui tum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant; cujus rei testis nobis sit Juvenalis *satyr. 6. v. 593.*

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto:
Tantum artes hujus tantum medicamina possunt.
Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos
Conducit.

Quid enim peccavit) Cur non omissa omni disputatione pro imperio suo statuit, quod vult, & tribus verbis simpliciter matri jus legitimæ successionis dat? Senatus non fortunam, sed civitatis propagationem spectavit, uti & lex Papia Poppæa, quæ non modo cælibes, verum orbos etiam pœna affecit, quamvis nihil peccantes; cum nemo divinare possit, uxorem, quam ducit, infœcundam fore. Æquo tamen animo hujusmodi ferenda sunt, & cedendum publicæ utilitati.

TEXTUS.

Quibus mater præponitur, & quibuscum admittitur?

§. *Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim prægravabant, nec in solidum eapi vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est, recta & simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere; exceptis fratris & sororis persona, (sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes,) ut quemadmodum eam toti alii ordini legitime præposuimus, ita omnes fratres & sorores (sive legitimi sint, sive non) ad capiendas hæreditates simul vocemus: ita tamen ut, si quidem solæ sorores adgnatæ, vel cognatæ, & mater defuncti, vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero matre superstite, & fratre, vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus intestatus quis vel intestato moriatur, in capita distribuatur hæreditas.*

NOTÆ.

§. *Cum antea constitutiones*) Vid. *l. 1. l. 2. & pen. C. Theod. de leg. hær.* Cujac. *hic.*

Anteponi, & sine ulla deminutione) Superiores constitutiones jus matris minuebant, admissis adgnatis in partem tertiam, quas constitutiones abrogat, *l. ult. C. h. tit.*

COMMENTARIUS.

Partim adjuvabant, partim prægravabant) Ejuscemodi extat constitutio Constantini *l. 1. C. Theod. de leg. hær.* Adjuvabat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum defert etiam partem bonorum filii intestati detractam agnatis, a quibus antea in totum excludebatur. Vicissim prægravat, quia licet mater habeat jus liberorum, tamen agnatis proximis ultra consanguineos, patruo scilicet ejusque filio & nepoti, non ulterioribus, pari beneficio defert tertiam portionem detractam matri, quæ ex Senatusconsulto totum sola habitura fuisset. Eodem pertinet *l. 2. dict. tit. & Cod.* Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, si norum priorem secundo mutasset amplexu, propinquitate ipsi adempta rerum filii defuncti paternarum, *l. pen. d. tit. C. Justin.*

In aliis contrarium faciebant) Hoc est, ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adspergebant agnatis: ita hic contrarium faciebant, trientemque detrahebant agnatis, quem adspergebant matri jure liberorum non honoratæ:

Matrem omnibus legitimis, & sine ulla deminutione) Matres omnes jure liberorum honestantur, *l. ult. Cod. de jur. lib.* Ex quo secundum sententiam Senatusconsulti Tertylliani mater, sive ter peperisset, sive non, agnatis omnibus secundo gradu, remotioribus simpliciter præferenda fuerat, nisi obstitissent constitutiones, quibus jus matris liberis honestatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admissis in partem tertiam, quas constitutiones Justinianus hic abrogat, matrem omnibus agnatis sine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei, &c.) In Tertylliano fratres consanguinei matrem excludebant, mater uterinos, soror consanguinea cum matre pariter admittebatur. Justinianus etiam cum fratribus consanguineis matrem admisit, & cum matre etiam uterinos, *l. ult. Cod. h. t.*

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini) Cum in eum modum jura matrum beneficio Justiniani aucta sint, ut legitimis omnibus præter fratres in totum exclusis, etiamsi ter non pepererint, solæ succedant; ut cum consanguineis defuncti fratribus, a quibus antea excludebantur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiamsi non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, si uno in casu vicissim jus ipsarum minueret, & fratrum sororumque hactenus augeret, ut cum ipsa admitteret & uterinos.

Ita tamen, ut si quidem solæ sorores) Quæ sequuntur pertinent ad modum succedendi, sive rationem distribuendæ hæreditatis inter matrem defuncti ejusque fratres & sorores. Constituit autem: ut si cum matre concurrant sorores solæ, sive consanguineæ, sive uterinæ, duo semisses fiant, quorum unum mater, alterum sorores capiant: sin fratres, sive soli, sive etiam cum sororibus, in capita hæreditas dividatur, totque partes fiant, quot sunt personæ succedentium, *d. leg. ult. Cod. h. t.* Hæc iterum mutata sunt *Nov. 118.* qua fratres & sorores omnes, ex uno tantum latere defuncto conjuncti, tam a matre, quam a fratribus utrinque conjunctis excluduntur, mater cum his ex æquis partibus succedit.

TEX-

TEXTUS.

De tutore liberis petendo.

6. Sed quemadmodum nos moribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quod si tutoris liberis non petierint, vel in locum remoti, vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

NOTÆ.

6. Impuberum morientium) Differte *impuberum*, ut & in *d. l.*10. *C. de leg. hær.* nam si puberes morian-tur, mater ab eorum hæreditate non excluditur, *l.* 3. *Cod. h. t.* Nec qui filio puberi curatorem non petiit, excluditur *d. l.*2. §.29. *ωσπερ απ' γαρ τιμ εποιησε.* Modestin. *l.*2. §.5. *qui petit. tut. l.*6. *Cod. eod.*

COMMENTARIUS.

Ita eas oporteat suæ soboli consulere) Matri onus tutelæ impositum non est, quia virile munus est, tutelam gerere; at petendi tutores negotium injunctum, quod maternæ pietati maxime convenit. Quod si petere neglexerit, ut indigna a legitima hæreditate filii repellitur, *l.*2. §.1. & 2. *qui pet. tut. l.*2. §. *si mater.* 23. & *multis seq. h. t.* ubi hic locus fuse explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti) Si mater, inquit Ulp. non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve non confestim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum, *d. l.*2. §. *si mater* 33. *h. t.* idque etiam hodie adhuc obtinebit, si mater nec tutorem petat, nec ipsa administrationem tutelæ suscipiat: quod matri concessum, *Nov.*118. *c.*5. Sed hæc moribus obliterata. Christ. *vol.*4. *dec.*63. *n.*7.

Intra annum) Quid ergo, si intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excusabitur a pœna? Non puto: quia requiritur, ut petat confestim, ubi primum potuit, id est, Prætoris copiam habuit huic rei sedentis, *dict. l.* 2. §. *si mater* 23. & §. *confestim* 43. ubi Græci, *huic rei sedentis* τετῳ τῳ προκειμενῳ πραγματι. Quod vero hic dicitur, & in *l.*10. *C. de leg. hær.* si intra annum non petierit, sic accipio, ut nullo modo post annuale spatium excusetur; nec si magnam causam non petendi habuerint, quæ usque ad annum eam excusaret, per *d. l.*2. §. *confestim* 43.

Impuberum morientium) Ex contrario ergo si puberes moriantur, quibus tutor petitus non est, mater ab eorum hæreditate non excludetur: quod & differte rescriptum est in *l.*3. *Cod. h. t.* & ideo *d. l.*10. *Cod. de leg. hær.* expresse additur hæc restrictio, si impuberes moriantur. Quippe credendum puberem qui testamentum facere poterat, intestato mori malentem, ultro matri injuriam remittere, & tacite velle ad matrem legitimam hæreditatem pertinere, per *leg.* 8. §.1. *de jur. cod.*

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

7. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconsulto admitti.

COMMENTARIUS.

QUemadmodum mater a Prætore admittitur ad liberorum etiam vulgo quæsitorum bonorum possessionem, & vicissim liberi etiam vulgo quæsiti ad bonorum possessionem matris ex capite unde proximi cognati, *l.*2. *unde cogn.* ita & mater ex Senatusconsulto Tertylliano admittitur ad legitimam hæreditatem filii filiæve, tam eorum, qui vulgo quæsiti sunt, quam qui procreati ex justis nuptiis, *leg.*2. §. 1. *h. t.* Et contra etiam vulgo quæsiti ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris, *leg.*1. §.2. *cod.* §. *pen. t. seq.* Nimirum mater semper certa est, & in his Senatusconsultis matris & filiorum personæ naturaliter designantur, *leg.*7. *de cap. nomin.* cumque vulgo quæsiti patrem non habere intelligantur, a quo sunt agnationis & familiæ jura, nemo est, qui matri jure consanguinitatis aut agnationis hic objici possit, *leg.* 4. *unde cogn.* Atque hoc jure etiamnum utimur. Add. quæ sub §. 3. *seq. titul.*

TITULUS QUARTUS.

DE SENATUSCONSULTO ORFICIANO.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 17. *Cod. Lib.* 9. *Tit.* 51.

TEXTUS.

Origo & summa Senatusconsulti.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orficiano, quod Orficio & Rufo consulibus factum est, D. Marci temporibus: & data est tam filio, quam filiæ legitima hæreditas, etiamsi alieno juri subjecti sint, & præferuntur consanguineis & adgnatis defunctæ matris.

COMMENTARIUS.

LEge duodecim Tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab intestato succedebant: nam dumtaxat genera lex agnoscebat, suos hæredes, & agnatos, cujusmodi nec mater liberis, nec illi matri sunt; ut dictum supra est in *princ. præc. tit.* Cæterum cum placitum esset, hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam successionem filii & filiæ; æquum erat, ut retro tantundem etiam concederetur liberis, ut scilicet & hi vicissim jus legitimæ successionis consequerentur in bonis matris: cum adeo liberorum conditio in causa successionis etiam potior esse debeat, propter naturæ simul & parentum commune

vo-

votum, *l. 7. §. 1. unde lib.* Id effectum & Senatusconsulto Orficiano viginti ferme annis postea, quam matri legitima hæreditas delata fuerat Senatusconsulto Tertylliano, ut ex Fastis colligitur. Cur matri tanto tempore ante consultum fuerit, quam liberis, causam ignorare me fateor. VINN. Maxime tamen probabilis est ratio, quam reddit V. C. Ant. Schultingius *cap. 669.* quod mater, si vellet, pietatis officio per testamentum posset satisfacere, id quod per ætatem liberis sæpe haud licuerit. Quum ergo sæpius contingeret, ut liberorum hæreditate matres, quam hi materna exciderent; nec mirum videbitur, prius prospectum fuisse matri, quam liberis. HEIN.

Orficio & Russo Coss. D. Marci temporibus) In Imperio Marci Antonini Philosophi & Commodi notantur hi Consules, Vertius, seu, ut alii, Velius Rufus & Corn. Scipio Orfitus, anno ab urbe condita 930. qui vigesimus est a consulatu Flavii Tertylli, a quo Senatusconsultum Tertyllianum. Lamprid. *in Comm.* Onuphr. *in fast.* Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epistolis in curia recitatis, quasi in eorum sententiam Senatusconsulta fierent: unde sæpe eamdem tem & Senatusconsultis tribui & orationibus videbimus: quemadmodum etiam in proposito Cajus *l. penult. hoc tit.* oratione D. Marci (quem appellatione sacratissimi Principis designat,) cautum scribit, ut matris intestatæ hæreditas ad liberos pertineat.

Etiamsi alieno juri subjecti) *d. l. penult.* uti ex contrario quoque mater, licet in potestate patris sit, admittitur ad bona liberorum. Ut ergo uti mater filiæ, ita & hi liberi jussu patris adibunt, §. *postea* 2. *tit. præc.* Matrem autem, de cujus successione quæritur, sui juris fuisse, cum moreretur, oportet: alioqui si jus illorum temporum spectamus, hæredem ab intestato habere non potuit; Plane hodie post *Nov.* 118. etiam filii & filiæfam. intestati hæredes habent in adventitiis, quorum ipsis concessa proprietas.

Et præferuntur consanguineis) Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hæreditatem matris, quam ipsa ad illorum ex Tertylliano: illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modo adgnatos quos etiam in Tertylliano mater excludit, verum etiam ante defunctæ matris fratres consanguineos, cum in Tertylliano consanguinei defuncti præferuntur matri, & quamvis v. c. ex duobus filiis alter adierit, alter repudiaverit hæreditatem matris, tamen ad consanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, sed accrescit alteri filio, *l. 1. §. sed si nemo 9. hoc tit.*

TEXTUS.

De nepote & nepte.

1. *Sed cum ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successione legitimo jure non vocarentur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.*

COMMENTARIUS.

UTrumque Senatusconsultum & Tertyllianum & Orficianum reverentia quadam juris veteris in primo gradu cognationis, subsistit, atque ut Tertyllianum soli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem, aviam ad hæreditatem nepotum neptumve non admisit, sic Orficianum similiter filios duntaxat & filias vocavit ad successionem matris, non etiam nepotes & neptes ad successionem aviæ. Nam quod Modestinus *l. 8. unde cognat.* respondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo quæsitos, ad aviæ bona ab intestato admitti, ad edictum Prætoris pertinet, quo, deficientibus legitimis, ad bonorum possessionem vocantur proximi cognati.

Constitutionibus Principalibus) Principes Valentinianus, Theodosius, & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam successionem aviæ, *l. 4. C. Theod. de leg. hær.* ut tamen tertia parte minus acciperent, quam pater eorum vel mater habituri fuissent. De quo diximus ad §. *ult. supr. de hær. quæ ab intest.* Nōvissimo jure in successione ab intestato descendentes omnes, æquale jus habent, nec sexus, suitatis, aut agnationis ulla amplius prærogativa est. *Nov.* 118.

TEXTUS.

De capitis deminutione.

2. *Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertylliano, & Orficiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis deminutione non pereunt: sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim Tabularum deferuntur.*

COMMENTARIUS.

REgula *juris* est, novas hæreditates legitimas capitis deminutione non perimi, *l. 7. de cap. min. l. 11. de suis & leg. l. 1. h. t.* Novas hæreditates appellat, quæ novo jure post legem duodecim Tabularum deferuntur, vel ex constitutionibus, vel ex Senatusconsultis *dd. ll. & l. 3. in fin. de hær. pet.* Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifestum est, si liquet quæ contingit salva civitate: nam libertate aut civitate amissa, de successione quæri non potest, *d. leg. 1. §. cap. 8.* Hujus *regulæ* rationem hanc Paulus affert, *d. l. 7. de cap. min.* quod novis legibus & hisce Senatusconsultis hæreditates sic deferantur, ut personæ naturaliter designentur, id est, nomine naturali, puta matris aut filii filiæve; quæ nomina, ut naturalia sunt, ita post capitis deminutionem adhuc manent.

Illæ solæ, quæ ex lege duodecim Tabularum) Propterea quod lege duodecim Tabularum hæreditas sic defertur, ut personæ designentur civiliter, id est, civili nomine, suorum scilicet, hæredum, & agnatorum: quæ nomina, cum civilia sint, minima quoque capitis deminutione pereunt, §. *ult. sup. de leg. agn. tut.*

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

3. *Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hæreditatem ex Senatusconsulto admitti.*

NOTÆ.

4. *Qui vulgo quæsiti)* Et hi matri quoque succedunt simul cum liberis legitimis, nisi mater sit illustris, & legitimam sobolem habeat; nati autem ex concubitu, (scilicet licito, μὴ ἐξ ἀθεμιτογαμίας,) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illustris successionem, *pen. C. h. t.* Nimirum mater semper certa est, & in his SCtis personæ naturaliter designantur.

COMMENTARIUS.

1 *Ex concubina natos meliore conditione esse, quam vulgo quæsitos, & hos, quam natos ex damnato coitu.*
2 *Quid moribus hic receptum?*

SIcut mater ex Tertylliano succedit liberis etiam vulgo quæsitis, ita vicissim & vulgo quæsiti matri succedunt ex Orficiano, *leg. 1. §. 2. h. t.* propter rationem, quam paulo ante indicavi, & sub §. *ult. præced. t.* Succedunt autem matri non tantum cum soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex justo matrimonio procreatis, nisi mater illustris sit, cui spurii non aliter ex constitutione Justiniani succedunt, quam si legitima soboles deficit, ne stirpis claritudo ista labe & memoria materne infamiæ dedecoretur, *pen. Cod. eod.* Sed & præteriti de inofficioso matris testamento dicere possunt, *leg. si suspecta 29. §. 1. de inoff. test.* Inter patrem vero & spurios jus idem mutuæ successionis non est. Porro sciendum est, liberos naturales, id est, natos ex concubina, paulo meliore conditione esse, quam spurios seu vulgo quæsitos, sive de successione matris quæratur, sive de successione patris, & utroque meliores, quam natos ex complexu damnato incestove. Naturales seu nati ex concubinatu admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illustris & per matrem adscendentium successionem, *d. l. pen. Cod. h. t.* Denique & patri naturali ex jure novissimo in duas untias una cum matre dividendas succedunt, nisi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo casu alimentis contentos esse oportet, *Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet, C. de nat. lib.* quorum neutrum pertinet ad κεφάλαιον. Ex incesto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem successione capiunt, ac ne alimenta quidem petendi jus habent, *d. Nov. 89. c. ult. Nov. 74. c. ult. auth. ex complexu, C. de incest. nupt.* quem tamen rigorem mitigavit æquitas juris Canonici, *c. cum haberet 5. in fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. poll.* Sane nec putarem jus civile refragari, quominus magistratus ex officio liberis hujusmodi alias fame perituris alimenta jubeat subministrari: nam & pater, licet incestuosus & impius, alendus est: quia pater est, *Nov. 12. c. 2.* vid. Palxot. *de noth. & spur. c. 41. cum seqq.* Gail. 2. *obs. 115.* Christ. *vol. 1. dec. 198. & vol. 4. dec. 64.* Mores hac in parte nonnihil a jure Romano decesserunt. D. Gudelinus *lib. 2. de jur. noviss. c. 13. in fin.* scribit, moribus plerarumque regionum liberos naturales, seu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem aut parentum maternorum bona admitti, & nullibi in his provinciis ad duas uncias hæreditatis paternæ: quod posterius etiam tradit Wamesius *c. 1. cons.* & post eum Div. Tulden. *com. in l. 2. hujus lib. c. 11.* Apud nos naturales nec non ex his descendentes, non tantum matri reliquisque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte succedunt, sed reliquis quoque per matrem conjunctis personis: quoniam respectu matris in causa successionis illegitimi idem juris, quod legitimi habent, extra quam si nati sint ex vetito aut nefario complexu, qui cum sobole sua ab omni successione remoti. Et vicissim materni naturalibus in partem dimidiam succedunt, videlicet matre mortua: partem autem alteram fiscus occupat tamquam vacantem. Quod si mater adhuc vivat, universa hæreditas ad fiscum devolvitur, quemadmodum & universa devoluta fuisset ad paternos, si defunctus legitime procreatus fuisset. Eorum, qui nati sunt ἐξ ἀθεμιτογαμίας, ex damnato & punibili legibus coitu, quos vocamus *aver vvonem bastarts*) hæreditatem fiscus sine distinctione totam sibi vindicat; quasi eorum, qui destituti sint omni cognatione & tam materna, quam paterna propter admissum a parentibus nefas, vid. *Grod. lib. 2. manuduct. cap. 28. in fin. & cap. 31.* ubi jura quædam singularia commemorat concessa quibusdam civitatibus. VINN. Ast in Frisia, immo & in Germania tantum non ubique jus commune obtinet, ceu & res judicatæ recentissimæ confirmant. HEIN.

TEXTUS.

De jure accrescendi inter legitimos hæredes.

4. *Si ex pluribus legitimis hæredibus quidam amiserint hæreditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licet ante decesserint, ad hæredes tamen eorum pertinet.*

COMMENTARIUS.

HIC locus continet doctrinam omnibus legitimis successionibus communem; nempe si plures sint ejusdem ordinis & gradus, qui simul ad successionem vocentur, & eorum aliqui defecerint, portionem illorum cæteris, qui adierunt, accrescere. Ex quo discimus, jus accrescendi non modo locum habere inter hæredes testamentarios, verum etiam inter legitimos, sive sui sint, sive alterius generis hæredes. Quod si nullus eorum, qui pari gradu & proximi sunt, adierit, sequentibus ejusdem ordinis hæreditatem deferri docemur, §. *pen. sup. de leg. agn. succ.*

Reliquis, qui adierint, accrescit) *L. 1. §. si nemo 9. h. tit. l. 9. de suos & legit.* unde totus hic locus descriptus est. Ratio est, quia nemo hæredem pro parte habere potest, aut diversi generis successores, puta hæredem legitimum & fiscum. Illa autem ratio, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, adæquata non est, sed particularis, ubi ex pluribus testamento institutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat. VINN. Ratio hujus juris propior dari potest, *quia omnis successio*, ut ait Paul. *recept. Sent. lib. 4. tit. 8. §. 23. proximiori defertur*. Quemadmodum itaque ob hanc rationem repudiante propiore remotior non admittebatur: Paul *ibid §. 7. Institut. de leg. agn. success.* ita deficiente uno cohærede, portio ejus alteri ejusdem gradus merito accrescebat, ne vocandus esset cum propiore remotior, id quod absurdum omnino videri posset. Aliam rationem reddit Duaren. *de jure decrescendi lib. 1. cap. 1. & 14.* quod qui eodem gradu sunt, conjuncti esse videantur. Sed conjunctionis materia ad testamentariam successionem pertinet, ubi quæstio est de præsumpta testatoris voluntate, ad legitimam. HEIN.

Le-

Licet ante decesserint) His verbis non hoc significat Imperator, portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata sit, mortuo eo antequam hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, iisque portionem deficientium accrescere, certum enim est, hæreditatem non aditam non transmitti, *leg. unic. §. 5. de cad. toll.* portionem autem accrescere, *leg. unic. §. 5 cad. toll.* portionem autem accrescere portioni, *leg. si Titio 33. in fin. de usufr.* ut proinde nihil hæredibus illius legitimi hæredis, qui non adiit, accrescere possit: sed si decesserit, antequam ipsi accresceret, quod diserte expressit Marcian. *dict. leg. 9. de suis & leg.* hoc est, si decesserit postea quidem, quam portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro hærede gerendo acquisivisset, sed antequam cohæredes deficerent, eorumque portio ipsi deferretur & accresceret. Plane ad suos hæredes qui ipso Jure sine aditione hæredes existunt *leg. 14. de suis, & legit.* & qui ex lege Theodosii hæreditatem non aditam transmittunt, *leg. unic. Cod. de his qui ante ap. tab.* pars deficientis quoquo modo pertinebit.

TITULUS QUINTUS.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TEXTUS.

Tertius ordo succedentium ab intestato.

Post suos hæredes, eosque, quos inter suos hæredes Prætor & constitutiones vocant, & post legitimos, (quorum numero sunt adgnati, & hi, quos in locum adgnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quam nostra erexit constitutio), proximo. cognatos Prætor vocat.

NOTÆ.

5 *Prætor vocat*) Ad bonorum scilicet possessionem: non cognati hæredes jure civili non fiunt. Vid. *infr. in comm.*

COMMENTARIUS.

LEX antiqua duodecim Tabularum duos tantum hæredum ab intestato ordines fecit, suorum & agnatorum. Novæ leges & Senatusconsulta non addiderunt quidem ordinem novum, sed personas quasdam, quæ nec sui hæredes, nec agnati revera sunt, suorum hæredum & agnatorum numero esse voluerunt, atque in ordine suorum agnatorum una cum vere suis hæredibus aut agnati ad hæreditatem intestati admitti. Inter suos hæredes novæ leges numerant, suisque per omnia exæquant liberos legitimatos, §. 2. *sup. de hæred. ab intest.* Inter eosdem quoque, & simul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex sexu fœmineo, §. *ult. dict. tit. 1.* In agnatorum ordinem Senatusconsulta transtulerunt matrem & liberos, Justinianus fratres & sorores uterinos, eorumque & sororum consanguinearum filios & filias, §. 4. *sup. de l. agn. succeff. l. pen.* §. 1. *C. de leg. hæred.* Anastasius fratres & sorores emancipatos, §. 1. *inf. hoc. tit.* Prætor vero tres succedentium ab intestato ordines fecit: primum *liberorum*: (non dixit *suorum*, quia ex liberis vocat etiam non suos) alterum *legitimorum*, in quo vocantur agnati & jura agnationis habentes ex posterioribus legibus, aut ex Senatusconsultis, *leg. 2. §. ult. & leg. seq. unde legit.* tertium *cognatorum*, in quo admisit omnes, quos sola sanguinis ratio vocat ad hæreditatem, licet jure civili deficiant, *l. 1. in princ. l. 2. unde cogn.* item eos, qui quod prioribus ordinibus excluſi essent, ex nullo alio capite venire poterant, *l. 5. dict. tit. §. 1. infr. hoc tit.* Tandem Justinianus cognatos omnes etiam hæredes legitimos fecit, adempta agnatis omni prærogativa, *Nov. 118.*

Proximos cognatos Prætor vocat) In hoc ordine qui ad successionem vocantur, videlicet cognati, jure civili hæredes non fiunt; sed jure Prætorio bonorum possessores: ac proinde pertinent ad *tit. de bon. poss. infr.* Possunt tamen etiam hoc loco considerari, quia Prætor bonorum possessores pro hæredibus habet, & vi ipsa hæredes facit. Post *Novella* 118 cognati jure civili succedunt, ut non magis quam agnati Prætoris auxilio indigeant.

TEXTUS.

Qui vocantur in ordine? De agnatis capite minutis.

1. *Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim Tabularum inter legitimos non habentur, sed a Prætore tertio ordine vocantur; exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum: quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hæreditatem, sive sororis, non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis intelligere. Aliis vero adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.*

COMMENTARIUS.

PORro jam declarare instituit Imperator, quinam illi sint, quos Prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat: & ad extremum successionem eorum determinat. Revocemus illos ad tres classes. Primum in eo numero ponit agnatos capite minutos, id est, minimam capitis deminutionem passos: nam media & maxima capitis deminutione interveniente, jus omne successionis tollitur, *l. 1. C. de hær. inst.* Igitur, ut capite deminuti, hoc est, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hæreditatis, quæ lege duodecim Tabularum deferebatur; ita nec Prætor his dabat bonorum possessionem jure hæredum legitimorum, *l. 5. unde cognat. leg. 1. unde legit.* Cæterum quia jura naturalis cognationis, & sanguinis minima capitis diminutione non pereunt, sed post eam salva adhuc & integra manent, §. *ultim. de leg. agnat. tut. l. 8. de regul. jur.* Prætor, qui tertia edicti parte, qua scilicet proximos cognatos vocat, tantum naturalem sanguinis conjunctionem speravit, eadem parte recte etiam admisit capite minutos, scilicet post suos, & legitimos, *leg. 1. unde legit. dict. leg. 5. unde cognat.* Et ecce, frater emancipatus ad fratris sui hæreditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque solus, neque cum fratribus integri capitis: unde nec jure honorario venire poterat ad bono-

bonorum poſſeſſionem ex edicto unde legitimi: ſed tertio demum loco admittebatur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

Exceptis fratre & ſorore emancipatis, &c. quos lex Anaſtaſiana) Hæc lex Anaſtaſii deſideratur. Inſerta ſine dubio fuit priori Codici, quoniam hic legenda nobis commendatur: ſed in Codice repetitæ prælectionis poſita non eſt, propter *l. ult. C. de leg. hæred.* ut opinor, qua plenius fratribus & ſororibus emancipatis conſulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ ſucceſſionis datur. Anaſtaſius enim ſolos fratres & ſorores emancipatos vocaverat, & cum patris aliqua deminutione, nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius conſequerentur, ſi fides Theophilo. Juſtinianus vero emancipatos cum reliquis fratribus ſuccedere æquo jure & ſine ulla deminutione, *d. l. ult.* §. 1. & 3. Itaque hic etiam §. per *d. l. ult.* correctus eſt: quippe quam poſt Inſtitutiones jam compoſitas & editas promulgatam eſſe apparet ex eo, quod Imper. in ipſa lege mentionem inſtitutionum facit. Veſtigium legis Anaſtaſianæ extat in *l. 4. Cod. de tut.*

Aliis vero adgnatis, &c. anteponit eos, & procul dubio cognatis) Hoc expeditius procedit poſt *Nov.* 118. Pertinent etiam ad hanc claſſem, qui in adoptionem dati ſunt a patre, aut qui cum ſui juris eſſent, ſe adrogari ſiverunt: nam iſti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant: ac propterea etiam tertio hoc capite a Prætore vocantur, *leg. 1. §. 4. unde cogn.*

TEXTUS.

De conjunctis per fœminas.

2. *Eos etiam, qui per fœminini ſexus perſonas ex tranſverſo cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine Prætor ad ſucceſſionem vocat.*

COMMENTARIUS.

HÆC ſecunda claſſis eſt eorum, qui a Prætore vocantur gradu ſeu ordine tertio, nimirum qui per muliebrem ſexum ex tranſverſa cognationis linea conjuncti ſunt, quique agnationis jus, quippe quod a patre oritur, numquam habuerunt *leg. 2. & leg. 4. unde cognat.* Ait autem diſerre *ex tranſverſo*, quia qui ſunt in linea recta, eos ſecundo capite Prætor vocat: quoniam hic jus legitimorum hæredum competit ex Senatuſconſultis & conſtitutionibus, de quibus actum eſt ſuperius.

Proximitatis nomine) Id eſt cognatos, *leg. 4. d. l. 4. unde cogn. leg. 8. de ſuis & leg. §. pen. & ult. inf. eod.* In cognatione enim ſola proximitas ſpectatur: agnati vero licet gradu remotiores, ordine tamen potiores ſunt omnibus cognatis, qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non ſunt, ut ſæpe dictum eſt.

TEXTUS.

De liberis datis in adoptionem.

3. *Liberi quoque, qui in adoptiva familia ſunt, ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.*

LIB. I. TIT. V.

COMMENTARIUS.

LIberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, *leg. 1. §. 4. unde cognati*. Pertinent autem hi ad primam claſſem, eorum ſcilicet, qui jus agnationis per capitis deminutionem amiſerunt, ut notavimus in fine §. 1. *hoc titul.* Quod ſi ab adoptivo patre emancipati fuerunt vivo adhuc patre naturali, recipiunt gradum liberorum: *leg. 4. unde lib.* & perinde admittuntur ad bona patris naturalis, ac ſi ab ipſo emancipati eſſent, nec unquam fuiſſent in familia adoptiva, ut ſcilicet jam ex prima parte edicti veniant, qua Prætor liberos vocat, §. *at hi* 10. junct. §. *admonendi* 14. *ſup. hæred. quæ ab inteſtat. def.*

TEXTUS.

De vulgo quæſitis.

4. *Vulgo quæſitos nullos habere adgnatos manifeſtum eſt: quum adgnatio a patre ſit, cognatio a matre; hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter ſe quidem poſſunt videri conſanguinei eſſe: quia conſanguinitatis jus ſpecies eſt adgnationis. Tantum ergo cognati ſunt ſibi, ſicut & matri cognati ſunt. Itaque omnibus iſtis ex ea parte competit bonorum poſſeſſio, qua proximitatis nomine cognati evocantur.*

NOTÆ.

4. *Nullos habere adgnatos*) Quia adgnationis jus a patre oritur, quem nullum habent vulgo concepti, *d. l. 4. und. cogn. l. 23. de ſtat. hom.* Sed nec ex concubina nati jus adgnationis in familia patris habent, *l. 24. dict. tit.* Immo nec cognationis quidem in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato, extra caſum *auth. licet C. de nat. lib.*

Sicut & matri cognati) Leg. ut vet. mod. *ex matre cognati*. Th. ἀπὸ μητρός.

COMMENTARIUS.

1 *Non magis natos ex concubina, quam vulgo quæſitos, jus agnationis habere.*

2 *Naturales & ſpurios ex eadem matre editos, & inter ſe, & cum aliis per matrem conjunctis, jus cognatorum habere; ex patris tantum latere junctos non item.*

3 *Natos ex damnato legibus coitu omnis ſucceſſionis eſſe expertes.*

IN tertia claſſe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, ſunt vulgo quæſiti: qui & ipſi inter ſe & cum aliis per matrem a latere conjunctis jus cognationis habent. Ajo, a latere: quoniam inter matrem ipſam & liberos, licet vulgo quæſiti ſint, etiam legitimæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus eſt ex Senatuſconſultis & conſtitutionibus. *Novella* 118. idem jus ſucceſſionis inter ſe habent, quod parentes & liberi legitimi.

Nullos habere adgnatos) Ad ſpurium nullius hæreditas, & ad nullum hæreditas ſpurii jure agnationis pertinere poteſt: quoniam agnationis jus a patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgo concepti ſunt, *leg. 4. unde cogn.* junct. *leg. cum legitimæ* 19. *leg. vul-*

vulgo 23. *de stat. hom.* Sed nec naturum ex concubina hæreditas ad nullum jure agnationis pertinet: quia etsi patrem demonstrare possunt, jura tamen agnationis in familia patris non habent; quippe quæ nemo ex naturalibus liberis consequitur, nisi qui ex legitimo matrimonio natus est: cæteri omnes matrem sequuntur, *d. l. 19. lex 24. de stat. hom.* Forster. *tract. de hær. quæ ab intest. circa fin. lib. 1.*

(1) *Ne inter se quidem possunt videri consanguinei*) Argumentum a remotione generis ad remotionem speciei. Si vulgo quæsiti non sunt inter se agnati, nec erunt inter se consanguinei: quoniam consanguinitas est species agnationis. Etenim agnati omnes sunt, qui per virilem sexum conjunguntur: consanguinei soli fratres & sorores eodem patre nati. Quare si jure agnationis hæreditas ad vulgo quæsitos pertinere non potest, nec poterit jure consanguinitatis, *l. 4. unde cogn.* Ex hoc autem loco appatet, consanguinitatem non esse ordinem per se, sed gradum in ordine agnatorum. Qua de re abunde supra *de leg. agn. succ.*

Cognati sunt sibi, sicut & matri) *Leg. 4. §. 2. de grad. & affin. leg. 2. unde cogn.* An igitur liberi extra nuptias concepti, sive vulgo sive ex concubina, matri tantum & maternis cognati sunt, & non etiam patri & paternis? Sunt sane: & naturalis hæc cognatio obstat, quominus pater filiam, frater sororem vulgo quæsitam uxores ducere possint, *l. 14. §. 2. leg. & nihil 54. de rit. nupt.* Cæterum in causa successionis ratione patris jus cognationis nec inter se, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent, quantumvis nati sint ex concubina, quamquam hos Justinianus patri succedere voluit in duas uncias, si nulli liberi legitimi, nec uxor supersit, *auth. licet, C. de nat. lib.* quod tamen in his regionibus non observari, monuimus sub §. *pen. superiori tit.* Sic ergo habeto, Fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliisve per patrem conjunctis succedunt. Contra vero etiam fratres illegitimi, sive ex concubina sive vulgo nati, ex eadem tamen matre, licet diversis patribus, geniti, invicem sibi jure cognationis succedunt, & item per matrem a latere conjunctis; & hi vicissim illius, *d. §. unde cognat. & hoc text.* dum tamen ex eo complexu orti non sint, qui jure accusari & puniri queat. Nam ex damnato & secundum leges, ut loquuntur, punibili coitu nati omnis successionis, sive paternæ, sive maternæ, tam ex testamento, quam ab intestato, penitus sunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matreve, (quod est extra controversiam), nec inter se ipsis, aut cum aliis per patrem matremve a latere conjunctis habent. Quippe cujusmodi sobolem nec liberorum nomine censendam, nec eam, ex qua nati appellatione matris, Justinianus constituit, proinde nec fraternitatis inter illos necessitudo esse videtur, quæ faciat successionis locum. Per *c. ult. Nov. 74. & c. ult. Nov. 89.* Gloss. comment. approbata in *l. ult. Cod. de natural. lib.* Cagnol. *in l. pen. C. ad Senatusc. Orfician.* Palæot. *de noth. & spur. c. 43.* Forster. *tit. de succes. eor. qui ex damnat. coit. concl. 5.* Anton. Fab. *C. suo, lib. 6. tit. 33. decis. 3. 7. & 8.* Fachin. *6. cont. 10.* Diss. Christin. *vol. 1. dec. 198. & ibi citati.* De jure patrio dixi sup. §. *pen. præc. tit.*

TEXTUS.

Ex quoto gradu vel agnati vel cognati succedunt?

5. *Hoc loco & illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim Tabularum quæramus, sive de edicto, quo Prætor legitimis hæredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognitionis sunt, & ex septimo a sobrino sobrinæque nato natave.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur latius agnatorum successionem diffundi placuerit, quam cognatorum?*
2 *In obscuro esse, cur sexto potius quam quo alio gradu successio cognatorum determinata, explosa ratione Mynsingeri & aliorum.*
3 *Supradictum discrimen sublatum esse Nov. 118.*
4 *Agnatorum successio an certo gradu terminetur? & an novo jure item cognatorum? Et quid hic usui serviet?*

HOC §. determinatur successio eorum, qui ex tertio capite unde cognati veniunt, & simul insinuatur differentia, quæ hac in parte sit inter agnatos & cognatos.

(1) *Agnationis jure etsi decimo gradu*) Nominis & familiæ propagandæ studium fecit, ut successio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quam quæ naturali duntaxat cognatione. Nec a Prætore in infinitum producenda fuit successio jure civili incognita. Ait, *etsi decimo*. Hoc dicitur κατ' ἐξοχὴν sexti, quo terminatur successio cognatorum: nam agnatorum successionem verius est nullo fine terminatam fuisse, ut mox audiemus.

Edicto quo Prætor legitimos) Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem, iisdem, etsi hæredes non extiterint, Prætor, ut custos & minister juris civilis, etiam jure legitimi hæredis defert bonorum possessionem; quamvis sexto gradu sint remotiores.

Usque ad sextum cognationis gradum) Inclusive ut loquuntur *leg. 1. §. 3. leg. penult. unde cognat.* Quid Prætorem moverit, ut potius sexto gradu quam quinto aut alio hanc successionem determinaret, difficile est dicere. Paulus 4. *sentent. in fin.* hanc rationem affert, quod in sexto gradu deficiunt nomina cognationis, quibus personæ proprie denotentur. Mynsingerus, Hotomannus & Wesemb. aliam afferunt, quia scilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitatem ultra sextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod paucorum virorum dictum sit, perspicue inepta & falsa est: tractatur enim hic non de successione ascendentium aut descendentium, sed eorum, qui ex latere veniunt, quos ultra sextum aut septimum gradum qui reperiri posse negat, eum necesse est sanæ mentis non esse. Et vero si natura ultra eum gradum neminem patiatur vivere, nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo hos, licet longe remotiores sint, & jus civile & Prætor admitti voluit? Equidem fateor, Paulum quoque dicto loco eamdem istam rationem expressisse, & Modestinum quoque in *leg. 3. in princ. de grad. & affin.* Verum illi, ut credibile est, in hac πλάνῃ respe-

reſpexerunt maxime ad ſucceſſionem ſuperiorum & inferiorum, id eſt, eorum, qui ſunt in linea recta & tranſverſa inæquali. Nam in tranſverſa æquali, puta ſi ex duobus fratribus continua ſerie ſobolem propagatam ponamus, vel viceſimo gradu inter ſe diſtantes reperias. (3) De eo nemo dubitat, ſi Hotomannum exceperis, quin hodie, ſublato per *Nov.* 118. agnationis & cognationis diſcrimine, intelligi debeat ſublatum quoque eſſe diſcrimen termini ſucceſſionis; quod bene etiam expreſſum eſt in calce *cap.* 3. *dict. Nov.* 118. *Gloſſ.* Joann. Fab. Angel. Welemb. *hic.* Forſter. *dict. tract.* 3. *cap.* 9. Unum ſupereſt non ſatis expeditum, utrum quemadmodum ſextus gradus terminus ſucceſſionis cognatorum hic poſitus eſt, ita etiam decimus præfixus intelligi debeat ſucceſſioni agnatorum, an vero hæc certo gradu non terminetur. (4) Unde dependet deciſio quæſtionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantum ad decimum uſque gradum ſuccedant, an vero etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum ſucceſſioni agnatorum hic conſtitutum, multa ſuadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, ſi etiam ultra decimum agnati admittantur? Deinde cum utrumque dicat, agnatos ſuccedere etiam qui in decimo gradu ſunt, & cognatos uſque ad ſextum, ratio pari non videtur ut dicamus, uno numero ſucceſſionem terminari, altero non item. Poſtremo niſi finis aliquis ſucceſſioni agnatorum ſtatuatur, vix unquam ordini tertio aut quarto, in quo ſunt vir & uxor, locus futurus eſt. Hoc igitur poſito, decimo gradu terminatam fuiſſe ſucceſſionem agnatorum, dicendum eſt, æquato cum agnatis jure cognatorum, *dict. Novella* 118. utroſque jam ad decimum gradum admittendos eſſe, non ultra. Quod & vulgo receptum eſt, teſtibus Joann. Fab. Angel. Porc. Mynſing. Schneid. Weſemb. & apud nos ſervari tradit Grot. *lib.* 2. *introduct. cap.* 30. Sed in contrarium movet, quod ſupra Juſtinianus tradidit, jure agnationis hæreditate ultro citroque capi, etiamſi longiſſimo gradu ſint, §. 3. *in princ. de leg. agnat. ſucceſſ.* quod & mox ibidem repetit iterum §. *ultim. inſt. de ſerv.* cognat. Item quod Ulpian. *leg.* 2. §. 1. *de ſuis & legit.* definit, agnatos eſſe cognatos virilis ſexus ab eodem ortos in infinitum: in qua definitione effectum & jus ſuccedendi Juriſconſultum conſideraſſe perſpicuum eſt: ideo enim virilis ſexus tantum meminit, ut ſignificet maſculos ſolos, non etiam fœminas agnatas, conſanguineis remotiores, jus legitimæ ſucceſſionis habere, §. 3. *ſup. de leg. agnat. ſucceſſ.* Et denique quod lex duodecim Tabularum ſimpliciter & ſine ulla determinatione gradus, ſi ſui hæredes non extent, proximum agnatum familiam habere jubet: Nec difficilis reſponſio eſt ad ea, quæ pro communi ſententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quominus dicamus, exempli tantum gratia hic decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis Imperat. loquitur. De agnatis non loquitur determinative: ſed ait, eos ſuccedere, etſi decimo grado ſint, utens rotundo & certo numero pro incerto. De cognatis contra determinative: ait enim, eos ſuccedere uſque ad ſextum gradum. Porro facile evenire potuit, ut defunctus vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes, vel ut agnati in ſuo ordine non ſuccederent, puta ſi proximus defeciſſet, §. *placebat* 7. *ſup. de leg. agnoſc. ſucceſſ.* His jam conſequens eſt, poſſe *dict. Novella* 118. etiam cognatos ultra decimum gradum ſuccedere debere, ut etiam in *fin. cap.* 3. *dict. Novellæ* omnes deinceps a latere cognati ſimpliciter & ſine ulla determinatione vocantur. Quæ ſententia Baroni quoque & Bachovio probatur, item Gudelino *lib.* 2. *de jur. nov. cap.* 14. & Valent. Forſtero *dict. tract. lib.* 3. *cap.* 10. *in fin.* ſed is in eo fallitur, quod ita etiam moribus receptum putat; contrarium enim teſtantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus: & apud nos conſtat, deficientibus cognatis decimi gradus, bona defuncti ad fiſcum devolvi. Grot. 2. *manud.* 30.

Sobrino ſobrinaque nato natave) Bonorum poſſeſſio, ait Ulpian. quæ ex hac edicti parte datur, cognatorum ſex gradus complectitur, & ex ſeptimo duas perſonas, ſobrino & ſobrina natum & natam, *leg.* 1. §. 3. *unde cognat.* Propter has autem duas perſonas, quæ ex ſeptimo veniunt, Paulus videtur ſeptem gradus conſtituiſſe, *lib.* 4. *ſentent.* 11. *in fin.*

Ratio ſuccedendi ab inteſtato ex jure noviſſimo.

Quemadmodum fundamentum ſucceſſionis antiquæ fuit conſervatio gentium; ita Juſtinianus naturæ ſequutus ſimplicitatem, eos ad ſucceſſionem vocavit *Novella* 118. quos defunctus quam maxime dilexiſſe cenſetur, id quod & aliis gentibus placuiſſe novimus. Grot. *de J. B. & P. lib.* 2. *cap.* 7. §. 3. Quum itaque jam pridem obſervaſſent philoſophi, ὁ ποιήσας τοῦ πεποιημένου, ἢ τὸ γεγεννηκὸς τοῦ γεννηθέντος, ἢ τὸ γεγενημένον τοῦ γεννήσαντος, τὸ γὰρ ἐξ αὐτοῦ οἰκεῖον τοῦ ἀπ' αὐτοῦ, *magis ædificii cauſam gignentem erga genitum, quam genitum erga gignentem: idque quod ex aliquo ortum eſt, ſed ei quaſi proprium eſſe:* præter cauſſam autem gignentem & genitum magnum ineſſe momentum πρὸς ἀλλήλους, ἢ πρὸς μίξιν, *eidem ſanguini & eidem radici:* Arilt. *Ethic.* ad *Nicom. lib.* 8. *cap.* 12. conſequi videbatur, ut ſucceſſio primum DESCENDERET; ſi, quo deſcenderet, non eſſet, ADSCENDERET; ſi nec adſcendere poſſet, ad LATUS divergeret. *Nov.* 118. *præf.* HEIN.

De ſucceſſione liberorum.

1 *Jure Novell. liberos omnes, non habita ratione ſimultatis, ſexus, gradus, cæteris omnibus in ſucceſſione parentum præferri; & quæ inde conſectaria?*
2 *Duæ cauſæ, in quibus alia perſona cum liberis admittitur.*
3 *Quis ſuccedendi in hoc ordine modus?*
4 *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis ſemiſſive.*

SUccedentium ab inteſtato tres ordines Juſtinianus noviſſime fecit *Novella* 118. Primus eſt deſcendentium ſive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, ſoloſque admitti ad hæreditatem parentum inteſtato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque ſexus, neque familiæ, neque gradus ulla prærogativa eſſet: ſed ſive maſculi ſint, ſive fœminæ, ſive ex maſculis, ſive ex fœminis deſcendant, & ſive ſuæ ſint poteſtatis, ſive ſub poteſtate; primi ſive inferiorum graduum, adſcendentium omnibus & lateralibus præponerentur, *dict. Nov.* 118. *cap.* 1. (1) Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac ſucceſſione ſuis ſic exæquari, ut illi jam non amplius indigeant auxilio Prætoris: Etſi nihilominus ad acquirendam hæ-

hæreditatem eamve ad quoscunque hæredes transmittendam, necessaria iis sit aditio, uti & iis, qui ex fœminis descendunt, ut bene doctissimus Vigil. in §. *sed hæc 5. sup. de exhær. lib.* Deinde sic admitti, ut etiam patri, in cujus potestate defunctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ patri ex constitutionibus non acquiruntur; quod etiam expresse *d. cap.* 1. cautum est. De pluribus autem gradibus liberorum sic statuit: vivos quidem liberos primi gradus obstare nepotibus ex filiis in successione avi; illis autem mortuis, nepotes in locum eorum succedere, & admitti ad successionem avi, sive soli sint, sive cum filiis defuncti, iisdemque thiis suis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus suis hæredibus, §. *cum filius 5. sup. de hær. quæ ab intest.* Quid si filius emancipatus sit, nepos in potestate retentus? Dicendum est, filium solum excluso nepote admitti, ut nunc amplius non sit edicto *de conjungendis cum emanc. lib. arg. d. cap.* 1. quod & Div. Gudel. *lib. 2. de jur. nov. cap.* 13. post D. Wesemb. *in part.* ad istud edictum, recte observavit: utut id negent Cujacius *ad hanc Nov. &* Hotom. *ad calcem titul. de hær. quæ ab init.* (2) Duo tantum sunt casus, quibus parens superstes cum liberis ad certam partem jure singulari admittitur; pater in usumfructum virilis partis bonorum, (quæ ex hæreditate materna ad filios emancipatos pervenerunt *l. 3. C. de bon. matern.*) conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili usufructus eorum, *Nov. 53. cap. ult. Nov. 117. cap. 5. auth. præterea unde vir & ux.* de quo pluscula D. Tuld. *comm. de hær. quæ ab int. cap.* 14. Cæterum neutrum horum jure patrio obtinet. Modus succedendi in hoc ordine talis est. (3) Nepotes sive soli sint diversarum tamen stirpium, sive cum thiis suis concurrant, succedunt in stirpes: quoniam jure repræsentationis semper veniunt, ut scilicet in parentis demortui locum succedant, non habita ratione, cujus sexus parens fuerit, aut an liberos in potestate habuerit, nec ne, *d. cap.* 1. quod repræsentandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui sunt gradu proximiores: per §. *ult. sup. de hæred. quæ ab int.* Liberi vero omnes, qui ejusdem sunt stirpis & gradus, in capita succedunt, id est, viritim, ut æqualiter hæreditas inter eos dividatur, *d. c.* 1. facit §. 6. *& d.* §. *ult. de hær. quæ ab int.* Sciendum autem est, Justinianum toto *d. c.* 1. *Nov.* 118. loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio: quibus tamen etiam exæquati sunt in hac causa liberi legitimati, §. 2. *sup. dict. tit.* ut diximus *Nov.* 74. *&* 89. De illegitimorum successione alibi tractavimus, §. *pen. sup. de Senatusc. Orfic.* In successione adoptivorum sequendum, quod constitutum est *leg. pen. C. de adopt.* de quo non uno loco disseruimus sub *tit. de hæred. quæ ab intest.* Sæpe etiam alibi monuimus apud nos adoptionem in usu non esse, certe non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut sub *rubr. de adopt.* & sub *tit. de exhæred. liber.*

De successione Parentum.

1 *In hoc ordine quis succedendi modus; & an referat, unde bona obvenerint?*
2 *Qui pariter cum adscendentibus admittantur; & in quam partem?*

SEcundus ordo adscendentium est, sive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum suorum hæreditatem vocantur hoc modo. (1) Si nec fratres defunctus reliquerit, succedunt soli, & soli inter eos, qui sunt gradu proximi, *d. Nov.* 118. *cap.* 2. Et si quidem ex eadem sunt linea, succedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet repræsentatio, *d. c.* 2. *auth. defuncto C. de SC. Tertyll.* sin ex diversa tamquam in stirpes, ut semissem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, consequantur, *d. c.* 2. Nec attenditur, unde bona aut major bonorum pars defuncto obvenerit, a paterna linea, an a materna, per *d. cap.* 2. *vers. si autem.* Gudel. *lib.* 2. *de jur. novis. c.* 14. Fab. *Cod suo, lib.* 6. *tit.* 33. *defin.* 2. (2) Quod si cum adscendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non soli parentes ad hæreditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstites: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet, quod nec ususfructus portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in potestate sunt, acquiratur, *d. cap.* 2. *vers. si vero.* Postea cum parentibus & fratribus germanis admissi etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater eorum superstes accepturus fuisset, *Nov.* 117. *cap.* 1. *auth. cessante. Cod. de leg. hær.* Nepotes ex fratre non idem juris habent, neque fratres consanguinei tantum cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. cap.* 2. *auth. defunct. C. ad SC. Tertyll.* ubi DD. sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex *d. Nov.* 127. succedunt; verum ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex jure veteri & *l. pen. c. de adopt.*

De successione lateralium.

1 *Qui primi in hoc ordine: & qua ratione vocentur.*
2 *Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes succedant?*
3 *Qui secundo loco veniant: & utrum fratres consanguinei & uterini concurrant ex æquo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna succedant?*
4 *Qui, qua ratione postremo loco vocentur?*

TErtius ordo collaterales habet, qui omnes *d. Nov.* 118. *c.* 3. veniunt remoto discrimine sexus, agnationis, cognationisve. Hos inter primum locum obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure repræsentationis, ut tantum ferant, quantum pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, præferuntur tamen defuncti thiis; atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, si vixisset, iisdem defuncti fratribus, & tam consanguineis, quam uterinis præferendus fuisset, *d. c.* 3. *auth. itaque Cod. comm. de succes.* Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres, qui tantum consanguinei sunt, idem jus habent, quod germani; & ad patruos æque ac ad fratrum filios legitima hæredita pertinet; nec non ad avunculos æque, atque ad filios sororum honoraria, *leg.* 1. §. *pen. unde cogn.* vid. *supr. de legit. agnat. succes. & succ. cognat.* Illud non satis expeditum est, num fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an vero in capita ex jure novissimo succedere debeant. Accursius censuit,

fuit, etiam tunc in stirpes succedere, Azo contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vid apud Forster. 8. *de succeff. ab inteft. c.* 3. Fachini 6. contr. 3. Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia: propterea quod juri veteri & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est, §. *hoc etiam* 4. *supr. del. succeff. l.* 2. *de suis & legit. l. pen. fin. & ult.* §. 3. *de legit. hæred.* nec ostendi potest, Justinianum, quicquam quod quidem ad hanc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius eumque secuti ajunt, constitutione Justiniani filios fratrum jure repræsentationis revocari, atque ex eo sic argumentantur. Qui jure repræsentationis succedunt, illi non aliter succedere possunt quam in stirpes, cum non amplius possint accipere, quam is, cujus locum repræsentant, accepturus fuisset, §. *cum filius 6. sup. de hæred. ab inteft.* At filii fratrum succedunt jure repræsentationis, *dict. cap.* 3. *Nov.* 118. Ergo. Ad hoc respondeo, falsam esse illius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo quæritur, accipiatur, hoc est; quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianus in *d. cap.* 3. eo tantum casu jus repræsentationis filiis fratris concedit, quando concurrunt cum patruis aut avunculis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint; quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, quibus ne injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuit, ut in patris locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non est, cum soli reperiuntur: & propria ex persona succedere possunt. Non obstat exemplam nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane esset ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuo occupent. Nam hæ duæ species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendentium numquam proximitas spectatur, *d.* §. *cum filius 6. & ult. de hæred. quæ ab int.* in linea collaterali perpetuo & sola, *sup. de l. agnat. succeff. in princ. & in princ. de succ. cogn. l.* 3. *C. de legit. hæred.* unde unum tantum casum, eum quem diximus, excepit Justinianus. Atqui ajunt, fratris filii excludunt defuncti patruum, qui eodem gradu est, *d. cap.* 3. hoc vero certum esse argumentum, eos non jure proximitatis, sed repræsentationis, succedere. Respondeo, excludunt & fratrem & uno tantum latere defuncto conjunctum, qui uno gradu est proximior; nec tamen inde sequitur, quod putavit Fachin. *d. loc.* eos hoc casu succedere jure repræsentationis; non magis quam si dicam, filius & filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure repræsentationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto dumtaxat, qui tamen eodem gradu est, non tamen jure repræsentationis. Quo igitur? Non alio, quam proximitatis; quia tertium non datur. Concludo igitur, fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis, qui eodem gradu aut etiam proximiore sunt, si illorum jus sit potius, ut ex constitutione Justiniani est jus filiorum fratrum, tamquam descendentium: quam patruorum aut avunculorum, qui instar sunt adscendentium: & jus plenorum sive germanorum fratrum, & horum item filiorum propter duplex sanguinis vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterinorum, *Nov.* 84. *cap.* 1. §. 1. Nec dicat quis, hoc jure posito magnam liberis fratrum inferri injuriam, si forte unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio est, neuter lædi videtur, *leg. si pater* 12. *Cod. de inoff. teftam.* Azonis sententia constitutione Caroli V. in Comitiis Spirensibus confirmata est anno 1529. probatque & Gallicanis Parlamentis. Papon. *lib.* 21. *tit.* 1. *arreft.* 11. & 12. Maynard. *lib.* 6. *decif.* 92. *num.* 3. Costal. *in leg.* 1. §. *ult. Cod. si pars hæred. pet.* & plerisque aliis supremæ jurisdictionis Curiis Thesaur. *decif.* 162. Ant. Fab. *Cod. suo, tit. de leg. hæred. defin.* 1. Christin. *vol* 1. *decis.* 194. Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum postea dum singula *dict. cap.* 3. *Nov.* 118. enucleatius examino, vereri cæpi, ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sane verbis *dict. cap.* 3. Azonis opinio minus convenire mihi visa, nisi cum Fachin. *dict. loc.* eam sic limitemus, ut eo dumtaxat casu procedat, quo fratrum filii ex propria persona veniunt: non autem quando vocantur ad exclusionem aliorum, qui alias aut cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent: de quo nos opulentius *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 30. Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes, *dict. Novella* 118. *cap.* 3. *auth. post fratres. Cod. de legit. hæred.* Atque hos ex æquo succedere in omnia fratris defuncti bona, sive ea paterna sint, sive materna, sive aterna, sive quæsita aliunde, magna causa est cur existimem: licet DD. comm. contra sentiant, & consanguineis paterna, uterinis materna assignent, aliunde quæsita demum æqualiter censeant distribuenda: uti & Forster. *leg.* 8. *cap.* 8. Gomez. *ad leg. Tauri* 8. *n.* 8. Gudel. *lib.* 2. *de jur. nov. cap.* 15. (3) Nam primum bona cujusque undecumque profecta unum & simplex patrimonium ejus constituunt, atque ex vera ratione juris successio fit in bona universa, æqualique jure succedentes æqualiter defunctum repræsentant: qua eadem ratione plerique defendunt, parentem liberis suis, remota quæstione unde bona obvenerint, succedere. Forster. *lib.* 7. *cap.* 4. *num.* 6. *& seqq.* Fachin. 6. *contr.* 4. Covarruv. *epit. de succeff. ab inteft. num.* 3. Deinde Justinianus primo utrinque conjunctos simpliciter præfert conjunctis ex uno latere, ac mox post illos etiam hos indistincte vocat. Quod si causa & origo bonorum spectaretur, vide quæ huic rei sint consequentia. Unum est, ut consanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna, uterini cum iisdem ad bona materna. Secundum, ut admittantur & multo magis cum eadem distinctione bonorum consanguinei & uterini cum fratrum germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ verb. cauf. a communi patre provenerunt, nihil operari potest aut debet concurrens in altero fratrum defuncti a matre cognatio; aut efficere, ut is ob eam causam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, si unde bona obvenerint; non jus succedentium consideremus: quemadmodum in feudis constat consanguineos a germanis non excludi. Alvarot. *in tit. de succeff. frotr.* §. *his vero, lib.* 2. *Feud. tit.* 11. Curt. *tract. de feud. part.* 3. *num.* 56. Denique si defunctus nulla bona materna habeat, sed paterna dumtaxat, uterinum hac ratione frater consanguineus in totum submovebit. Quæ quidem omnia & cum verbis & cum mente Justiniani in *dict. cap.* 3. *Novella* 118. pugnare videntur, consanguineos & uterinos simpliciter & pari jure ad successionem intestati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in *leg.* 2. *de emancipatis* 13. §. 2. *Cod. de legit. hæred.*

hæred. & Novella 84. *cap.* 1. §. 2, Sed verissimum est, minimeque obscurum, quod etiam Div. Gothofred. *ad dict. leg.* 13. notat, textus istos per hanc Novellam nostram abrogatos esse: quippe in quibus patet fratribus omnibus postponitur; nec tamen alio casu, quam cum pater adhuc vivit, & usumfructum consequitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ a matre profecta sunt, consanguineis præferuntur. Postremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione juncti. Quo autem quisque proximior est, ita alterum excludit. Si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam dividitur, *dict. Novella* 84. *cap.* 3. *in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda sunt. Unum est, quod qualitas duplicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consideratur ultra fratres eorumque filios, alterum, quod jus repræsentationis in hoc ordine fratrum filii terminant. De successione lateralium illegitimorum plene diximus sub §. *pen. de succeff. cogn.* De lateralibus adoptivis ad §. *de legit. agn. succeff.*

Forma succedendi ab intestato apud Hollandos & Westfrisios.

1 *Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi?*
2 *Successio Scabinica qualis, & quo fundamento nitatur?*
3 *Juris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure successio?*
4 *Jus uniforme introductum constitutione politica anno* 1580. *sed ab eo recessum ann.* 1599. *ut jam iterum duplex apud nos sit succedendi ratio.*
5 *Communia utriusque juris in successione descendentium & adscendentium.*
6 *Uno ex parentibus defuncti liberos non relinquentis mortuo, quid juris apud Meridionales, ubi viget constitutio politica?*
7 *Quæ circa successionem collateralium juxta dictam constitutionem in universum tenenda?*
8 *Notatur insignis differentia inter jus Rom. & hoc nostrum, circa jus repræsentationis in linea transversa.*
9 *Quia fratres, nec fratrum filii aut nepotes extant, & quid si aliqui dict. constitutione omissum, ex quo jure de eo statuendum?*
10 *Forma succedendi apud Septentrionales & VVestfrisios ex placito de successione ab intestato edito anno* 1599. *si defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantum parentum superstitem habeat.*
11 *Decisio controversiæ cujusdam ortæ ex verbis finalibus art.* 3. *d. plac.*
12 *Quomodo successio collateralium juxta d. plac. procedat?*
13 *Quando avus & avia, fratrum pronepotes & deinceps, & quam in partem singuli vocentur?*
14 *Quando & quomodo patrui, avunculi, & his deficientibus cæteris?*
15 *Quomodo divisio fiat, si cum fratrum filiis nepotes ex fratre concurrant?*
16 *Discrimen bonorum in nulla harum successionum attendi.*
17 *Quod d. placito definitum non est, ad cujus juris normam id exigendum?*
18 *Quomodo & quibus in bonis prædictæ constitutiones non obtinent?*

IN his regionibus duplex ratio succedendi ab intestato, eaque toto inter se cœlo distans, usurpata quondam fuit, una ex jure Zelandico, quod nostri *Scabinicum* appellant, altera ex veteri jure Frisiorum, quod *Æsdomicum* sive *Asingicum* dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, quæ scilicet Rheno & Mosca fluminibus concluditur, cujusque caput est Dordrachum: hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yssalam ad Aquilonem positis usitatum erat, videlicet in Noord-hollandia, Kennemærlandia, Westfrisia, atque in tota etiam Rhynlandia, licet magna hujus territorii pars cis Rhenum sita sit ad Africum. Cæterum Hagacomitatenses & Roterodamenses, quamvis ad plagam Yssalæ septentrionalem positi, Scabinico jure usi sunt. Juris Scabinici seu successionis Zelandicæ hoc fundamentum fuit, *'t Boedt moet gaen van daer 't gekomen is*: hoc est, bona eo redire debent, unde profecta sunt: quod tamen sic acceptum, ut liberi semper in locum parentum veniant una manu, ut scilicet non plus omnes accipiant simul, quam parens eorum habiturus fuisset. Hoc principio posito, graduum aut proximitatis ratio non magnopere habenda fuit: sed potius spectandum, unde bona ad defunctum per successionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc est, quod si liberi non extarent, prima in successione causa utriusque simul parentis erit, nimirum quia bona defuncti ab iis profecta censebantur, non quod primo essent gradu. Incidem est, quod altero parente mortuo, nec superstes, nec fratres, nec ulli alii per eum defuncto juncti ad hæreditatem partemve ullam hæreditatis admittebantur, sed cognati parentis prædefuncti, etiamsi remotioris essent gradus. Hinc item est, quod utroque parente mortuo fratres germani in concursu cum consanguineis & uterinis, aut horum alterutris, duplici divisione utebantur. Ne plura commemorem, verum juris Scabinici schema nobis exhibet constitutio politica edita ann. 1580. excepto quod infinitam collateralium repræsentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios restringit. Jus Æsdomicum contrario fundamento nititur, hoc nimirum, *'t Maeste bloedt, beurd het goedt*; id est, proximus sanguine, proximus successione: ita tamen ut hoc jure nihilominus descendentium causa potior esset, quam adscendentium, atque adscendentium, quam lateralium. Cum ergo in unoquoque ordine solam hic proximitatem & gradum spectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine repræsentationi locus esset, sed filii excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, consanguinitatis, aut uterinitatis haberetur ratio, ut patri & avunculi, amitæ & matertera cum fratrum & sororum filiis in capita succederent, denique collaterales omnes, uti quisque gradu esset proximus. (4) Plura qui hic nosse desiderat, adeat D. Neostad. *dict. pact. antenupt. observ.* 2. D. Grot. *lib.* 2. *manud. de Jurisp. Batav. cap.* 28. Joh. Arnold. Corvin. *in erot. subj. tit. lib.* 3. *inst.* Ex duobus his tam dissimilibus ac difformibus succedendi modis tandem jus simplex atque uniforme conflatum est, quod sine distinctione in locis omnibus hujus Provinciæ servaretur. Id effectum AA. Ordinum constitutione politica anno 1580. Cæterum cum ea constitutio propemodum in omnibus partibus sequeretur jus Scabinicum, illi autem, qui juri Æsdomico assuefacti erant, exceptis paucis mediis Rhenum inter & Yssalam, adduci se non paterentur, ut a jure majorum, præsertim quatenus parentibus favebat, tam longe, quantum dict. constitutio, recederent, concessum

postea est his quærentibus jus speciale, ex Æsdomico & Scabinico mixtum ac temperatum: quod factum anno 1599. constitutione sive placito de successione ab intestato: in cujus placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus parentibus hoc jus indultum est. Ex quo tempore iterum diverso jure in causa successionis ab intestato uti cœpimus, alio in oppidis & agris Hollandiæ meridionalis; alio in Nord-Hollandia & Westfrisia, illic eo, quod in commune sancitum est an. 1580. hic illo temperato, quod specialiter constitutum anno 1599. præterquam in pagis quibusdam & vicis, iis nimirum, quos nominatim hæc constitutio excipit.

(5) Utroque jure in successione ab intestato prima causa est liberorum, in qua successione gradus non quæritur, sed cum liberis primi gradus succedunt & liberi gradus secundi aut inferiorum jure repræsentationis seu in stirpes, ut tantam portionem accipiant, quantam parens eorum laturus fuisset, *art. 20. const. polit. art. 1 plad. de succ. ab intest.* in quo nihil dissonum a jure Romano: uti neque in eo, quod liberi, qui aliquid a parentibus acceperunt extra causam simplicis donationis, veluti ad subsidium matrimonii, ad mercaturam, aliumve negotiationem exercendam promovendamque, id fratribus consortibus in divisione hæreditatis conferre debent, *art. 29. d. const. polit. l. pen. §. 1. 1. C. de collat.* Igitur quod descendentes attinet, uno communi jure per totam Hollandiam & Westfrisiam utimur, scripto Romanorum per omissa consentaneo. Illud quoque in commune statutum & receptum est, ut deficientibus liberis defuncti, si uterque parens primi gradus, sive pater & mater adhuc vivant, hi soli ad universam liberorum suorum successionem veniant, & fratres quantumvis germanos, eorumque filios excludant, quos simul admittit Justinianus, *art. 21. dict. const. & art. 2. de placit.* Altero vero parente mortuo: jus variat. In omni autem successione si forte brevitatis causa masculorum tantum mentionem faciemus, memento, me earum appellatione inter fœminas complecti. (6) In Hollandia meridionali, ubi antea mero jure Scabinico, seu Zelandico utebantur, recepta est in omnibus partibus dicta constitutio politica anni 1580. qua constitutione, quantum attinet casum propositum, cautum est, ut altero e parentibus defuncti, de cujus successione agitur, mortuo, pareus superstes a successione excluderetur, ne quis alius descendentium, rupto morte unius e conjugibus toro, ad liberorum suorum successionem venire posset, *art. 22. & 26. d. const. polit.* Ubi si in cognatione paterna vel materna aut utraque reperiantur avus & avia ambo adhuc superstites, hi defuncti cliis ex eodem latere, eorumque liberis præferantur, *art. 25. d. const.*

De successione collateralium juxta *d. const. polit.* hæc ante omnia & in universum tenenda sunt. (7) Primum uno ex primi gradus parentibus defuncti, qui liberos non reliquit, mortuo, sicut parens superstes aliique per hunc parentem adscendentes, a successione removentur, ita nec ullos laterales per eumdem parentem superstitem defuncto conjunctos ad successionem ejus vel in totum vel ex parte venire posse. Secundo mortuo utroque parente, hæreditatem tunc dividi in duas æquales partes, quarum alteram paterni, alteram materni ferant; nec considerari, utrum a parte patris, an a parte matris major pars bonorum obvenerit. Tertio uno dumtaxat parentum mortuo, totam hæreditatem ad eos solos pervenire, qui ei, de cujus successione agitur, per illum parentem mortuum conjuncti sunt. Quarto hinc esse, quod mortuo patre & matre fratres & sorores consanguinei cæterique collaterales ex uno tantum latere defuncto conjuncti admittantur solum dimidiata seu semiplena manu, ita ut ex utroque latere conjuncti primo semissem totorum bonorum sibi vindicent, deinde alter semis inter eosdem & ex uno latere conjunctos dividatur: qui iisdem contra, uno ex parentibus mortuo, plena manu veniunt, si defuncto conjuncti sint per parentem demortuum. Hæc ita comprehensa sunt declaratione super ordinat. de successione edita anno 1594. Postremo & illud sciendum, quamquam hoc nunc per totam Hollandiam observatur, jus repræsentationis (quod est vetus jus Scabinicum) portigi tantum in linea transversali ad fratrum & sororum nepotes, & patruorum atque avunculorum filios inclusive. (8) Ubi notanda insignis inter jus Romanum & hoc nostrum differentia. Nam jure Romano in linea collaterali soli jus repræsentationis habent fratrum filii, nostro etiam fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filii: fratrumque præmortuorum filii & nepotes etiam tunc cum soli sunt, non in capita, sed in stirpes jure repræsentationis succedunt. Inter cæteros autem laterales jus Æsdomicum servari, quo jure qui gradu proximior est, ulteriorem excludit, paresque gradu in capita succedunt, *art. 28. d. const. polit.* Quod autem apud Roterodamenses duobus gradibus ulterius, quam dictum est, jus repræsentationis extenditur, ex speciali concessione est. Igitur vel utroque parente, vel altero deficiente, fratribus & sororibus, & jure repræsentationis filiis eorum ac nepotibus defertur hæreditas: ut tamen in familia erciscunda, quod ad fratres & deinceps ex uno latere conjunctos attinet, servetur illud discrimen, cujus modo mentio facta, *art. 28. & seqq. d. const. polit.* (9) Si nec fratres nec fratres filii aut nepotes extent, tum hæreditas, uti dictum est, in duas partes secatur, quarum unam laterales paterni accipiunt, alteram materni, *art. 27. d. const.* Quod si contingat, adhuc avum & aviam simul, sive paternos, sive maternos, in vivis esse, hi soli in eo latere, in quo reperiuntur, hæredes erunt. Sed avo atque avia aut alterutro eorum mortuo, succedunt patrui & avunculi, & jure repræsentationis sive in stirpes etiam eorum filii. In cæteris & remotioribus gradibus jus Æsdomicum servari placet, hoc excepto, quod fratrum pronepotes, & deinceps, quamvis quinto aut ulteriore gradu sint, tamen in successione præferantur avo, aviæ, & qui supra hos sunt adscendentibus: item patruis, avunculis, eorumque liberis. Cæterum in capita, non in stirpes hæreditatem partiuntur, ut jam dictum est. Si quid inciderit, quod non satis expresse per *dict. const.* decisum videri possit, de eo non ex jure Romano, quod nominatim d. constitutio abrogat *art. 19.* sed secundum præcedentia theoremata, & porro ex jure Scabinico in locis, in quibus hoc usurpatum fuit, statuendum erit.

(16) Apud Hollandos autem septemtrionales & Westfrisios, qui ante simplici jure Æsdomico utebantur, hæc porro forma succedendi ex placito de successione ab intestato anni 1599 servatur. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus successione quæritur, & qui nec liberos reliquit, parens superstes una cum fratribus defuncti & fratrum filiis ac nepotibus per repræsentationem ad intestati successionem admittuntur, *art. 3. d. placit. de succ. ab intest.* Cumque jure Romano

paren-

parentes eum fratribus defuncti vocentur in capita, *dict. Novell.* 118. *cap.* 2. hic parens superstes in semissem hæreditatis venit, alter semis inter cæteros dividitur. Cæterum hic etiam cum parente superstite admittuntur fratres ex uno latere, modo per parentem præmortuum defuncto conjuncti, eorumque filii & nepotes: cum jure Romanorum soli concurrant fratres germani eorumque filii, non etiam nepotes, ut supra demonstratum. Quod si defunctus nullos fratres per parentem prædefunctum conjunctos habeat, tunc ad solum parentem superstitem tota successio pertinet, etiamsi prædictorum fratrum liberi supersint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per parentem superstitem duntaxat. Quod deficientibus fratribus germanis nihilominus cum parente superstite admitti dicimus fratres ex uno parente conjunctos, dum ex præmortuo, id quidem verbis finalibus *d. art.* 3. *placit. de succeff. ab intest.* parum convenire videtur: sed tamen lite super ea re exorta inter patrem superstitem & fratrem defuncti ex præmortua matre, Curia provincialis secundum fratrem pronuntiavit: & appellatione quoque deinde interposita, sententia Curiæ a supremo Senatu approbata est. D. Corn. *observ. rer. a suprem. Senat. jud.* 29. Cæteri adscendentes demum post fratres eorumque filios & nepotes, uti quisque proximior est, vocantur, idque in capita, *art.* 7. *d. plac. de succeff. ab intest.* Enimvero si defunctus non alios fratres aut fratrum filios nepotesve reliquerit, quam ex uno tantum latere conjunctos, & ex altero latere avum aut aviam, aut his etiam remotiores ascendentes superstites habeat, hoc casu placet, prædictos fratres eorumque filios & nepotes jure repræsentationis succedere in unum semissem tantum: alter semis proximo memoratorum adscendentium attribuitur, si plures sint ejusdem gradus, viritim distribuendus, *art.* 6. *dict. placit.*

Collateralium autem successio sic secundum *dict. plac.* procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extent, fratres fratrumque filii & nepotes (qui hic etiam altero parente superstite succedunt eo, quo supra diximus, modo) ad universa defuncti bona veniunt, videlicet fratrum filii & nepotes *jure repræsentationis*, *art.* 4. *d. constit. de succeff. ab intest.* Fratres germani eorumque filii & nepotes in concursu cum consanguineis & uterinis, gemina divisione, hinc consanguineis, illinc uterinis eorumque filiis & nepotibus partem auferunt, *d. art.* 4. Quod si vel consanguinei tantum, vel tantum uterini, eorumve filii aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus concurrant, tum duo semisses fiunt, quorum alter inter fratres vel consanguineos vel uterinos, eorumve filios, vel nepotes, & fratres germanos eorumve item filios aut nepotes dividitur: alterum soli sibi habent germani eorumque liberi, quos diximus, utpote qui ex hoc latere nullos alios cohæredes habent, *d. art.* 4. Si fratres germani eorumque liberi primi & secundi gradus deficiant, extent autem fratres consanguinei & simul uterini, aut item utrinque horum filii aut nepotes; hoc casu bona in duas æquales partes dividuntur; quarum una distribuitur consanguinei, & filiis eorum ac nepotibus in stirpes; altera uterinis eorumque item filiis ac nepotibus simili modo in stirpes. Quod si fratres, fratrum filii, aut filiorum filii, qui supersunt, omnes ex uno duntaxat latere defuncto conjuncti sint, tum hi fratres, sive consanguinei, sive uterini, eorumque filii & nepotes, per repræsentationem in universa defuncti bona succedunt: nisi forte avus aviave, aut supra hos alii adscendentes (defuncto per alterum latus juncti) supersint: quo casu placet, memoratos fratres, sive consanguineos sive uterinos, eorumque filios & nepotes, jure repræsentationis admitti in semissem hæreditatis duntaxat; in alterum semissem prædictos avum & aviam, alioſve adscendentes pro virilibus portionibus venire, *art.* 6. *d. placit.* Post fratres omnes eorumque filios ac nepotes ad universam successionem defuncti vocantur avus, avia, & cæteri adscendentes jure proximitatis atque in capita: quod etiam locum habet, etsi ab una parte avus & avia, ab altera alter tantum supersit: atque ita porro in remotioribus adscendentibus pari gradu defuncto conjunctis, *d. placit.* art. 7.

Adscendentibus quoque cunctis deficientibus, tum proximi descendentes ex fratrum liberis secundi gradus, pronepotes fratrum scilicet & deinceps, qui quinto gradu aut ulteriore sunt, ad omnia bona defuncti veniunt, exclusis cunctis cæteris collateralibus. Succedunt autem non in stirpes, sed in capita, nec quæritur, utrum progenitri sint ex defuncti fratribus germanis, an consanguineis, uterinisve, *art.* 8. *d. plac.* Ac tametsi qualitas duplicis conjunctionis jure Romano ultra fratres eorumque liberos primi gradus non attenditur, hoc nostro tamen jure finitur demum in fratrum liberis gradus secundi. Post hos vocantur patrui & avunculi in capita, eorumque liberi primi gradus ex repræsentatione, succeduntque in omnia defuncti bona, sine inquisitione, utrum patrui aut avunculi per utrumque parentem patri defuncti juncti sint, an per alterum duntaxat, *art.* 9. *de plac.* (14) Sinec patrui nec avunculi extabunt, soli sanguine proximi ad hæreditatem in capita veniunt, nullo item discrimine habito, utrum cognatio procedat a fratribus utrinque, an ex uno latere duntaxat conjunctis. Et convenienter patrui magni & avunculi magni cum consobrinis æqualiter succedunt, *art.* 10. In successione collateralium repræsentationi locus non est, quando omnes, qui ad successionem vocantur, eodem aut pari gradu cognationis defunctum contingunt, *art.* 11. *dict. plac.* Cæterum si defunctus non alios propiores cognatos reliquerit, quam fratrum filios, & cum his item nepotesve alterius fratris, filio etiam hujus præmortuo, hoc casu fratrum filii succedunt in capita, nepotes fratris in stirpes seu jure repræsentationis, *art.* 12. Porro nulla in successione in locis commemoratis, ubi viget *dict. placit. de succeff. ab intest.* attenditur, unde aut a qua parte bona profecta sint, neque utrum sint hæreditaria, an ex quæstu, aut aliunde obvenerint, *art. dict. placit.* 19. Postremo si quid incidens videri possit, *dict. constitut. de succeff. ab intest.* non satis evidenter definitum, id non ad normam juris Ælsomici Scabinicive, aut constitutionis politicæ, (quippe quæ, quod ad successiones ab intestato in prædictis locis attinet, sublata est) sed ad rationem juris scripti Romanorum dirigendum erit, ut nominatim cautum *art.* 14. *d. constit. de succeff. ab intest.* Illud etiam sciendum est, prædictas constitutiones DD. ordinum non alias locum habere, quam si testamentis, pactis antenuptialibus, aliisve modis, expressis *art.* 19. & 29. *placit.* aliter cautum non probetur. Successionibus quoque feudalibus nihil istis constitutionibus derogatum est: proinde in feudis antiqua & propria natura succedendi etiam nunc sequenda erit, de qua tractatum scripsit Div. Neost. piæ memoriæ, supremæ apud nos Curiæ quondam Sena-

Senator. add. D. Hug. Grot. *introduct. ad Jurisp. Batav. lib. 2. cap. 41.*

TITULUS SEXTUS.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 10.

TEXTUS.

Continuatio, & Cognationis divisio.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentum; inferior liberorum; ex transverso fratrum sororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur: & convenienter paterni, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio a primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, a secundo.

COMMENTARIUS.

1. *Causæ, ob quas cognationum gradus nosse oporteat; & cur ferme generationum gradus Jurisconsulti vocitent?*
2. *Quo serie gradus numerentur tam in cognationis linea recta, tam in laterali?*

NOn unam ob causam Jurisconsultus cognationum gradus nosse debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemquem agnatum redire censuerunt, & edicto Prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem, *l. ult. in pr. de gradu & affin.* & jure novissimo ab intestato tam ad hæreditatem, quam ad tutelam cognati omnes, id est, non tantum agnati, sed etiam cæteri cognati, servata gradus prærogativa vocantur. *Nov. 118. c. 4. & 5.* Propterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos invitis testimonium dicere non cogimur, *l. 4. de test. dict. leg. ult. de gradu & affin.* Sed & propter nuptias distinctio graduum cognationis cognoscenda est, maxime post jus Canonicum, quod hic diversa a jure civili dinumeratione uti cœpit: quam differentiam, eo quod in causis matrimonialibus duntaxat etiam in foro Ecclesiastico servatur, supra expositi ad §. 4. *de nupt.* Primus autem & potissimus hujus disputationis usus jure civili in hæreditatibus cernitur: atque ob hanc causam ait Imperator, necessarium esse hoc loco exponere, quomodo gradus cognationum numerentur. Itaque proposita primum divisione cognationis respectu linearum, in quibus gradus collocantur, gradus ipsos deinde specialiter enumerat, eorumdemque numerandorum rationem hoc titulo ostendit. Gradus Jurisconsulti μετρημάτων vocant ipsam generationum seriem, quod alii ab aliis, quasi gradibus quibusdam oriantur. Gradus, inquit Paulus, dicti sunt a similitudine scalarum, locorumve declivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus, *d. l. ult. 8. gradus 10. de gradu & affin.*

Aliam supra, aliam infra, aliam ex transverso) Linea graduum cognationis duplex est: una recta & perpendicularis; altera transversa sive lateralis: illa vel est superior, in qua sunt parentes, id est, omnes adscendentes; vel inferior, in qua liberi, id est, descendentes; hæc eorum est qui ex latere veniunt, fratrum scilicet & sororum, & qui ex his generantur, item patruorum, &c. Estque vel æqualis, in qua latera utrinque cocunt, quæ scilicet eorum est, qui pari gradu distant a communi parente: vel inæqualis, cum alter est remotior, ut patruus & fratris filius. Recta linea & sursum & deorsum initium capit a primo gradu: transversa autem incipit a gradu secundo, *leg. 1. §. 1. l. συμμετρήματα 9. de gradu & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium: filius recta generatur a patre: & ita deinceps adscendendo aut descendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi, quot sunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit; quam de cujus hæreditate agitur, puta fratris ex patre aut matre, patrui & avunculi ex avo & avia: nam frater, verbi causa, a fratre non generatur, sed ut ortus utriusque auctor est communis parens, ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus semper numerentur per generationes, id tamen in cognatione laterali fit serie nonnihil diversa. Etenim cum a latere ad latus perveniri non posset, nisi per eum transeas, a quo veluti communi limite utrumque latus descendit, necesse est primum ut ab eo, de cujus cognatione quæritur, ad communem cognationis auctorem, ἐπὶ τὴν συγγενείας ἀρχὴν ἀνέρχῃ, ut Theoph. *de leg. agnat. success. in princ.* sursum progrediare, & inde rursus deorsum ad alterum; de quo & ipso quæritur. Quamobrem si quæratur frater quoto gradu a fratre distet, primum ab uno fratre adscendendum est ad caput utriusque, patrem scilicet; deinde descendendum ad alterum fratrem, & comperiemus, fratres duobus gradibus inter se distare: ut ecce, ego genitus a patre meo: hic habes unum gradum: idem pater meus genuit Titium fratrem meum; hic habes alterum. Pari ratione si quæras quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus sit, adscende primum ad avum vestræ cognationis communem limitem: deinde iterum descende ad ejus filium, qui est patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus est; eadem tamen proportio servatur; numera enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hæc est perspicua, germana, ipsique naturæ prorsus consentanea graduum numeratio.

TEXTUS.

De 1. & 2. gradu.

1. *Primo gradu est supra pater, mater: infra filius, filia.* 2. *Secundo gradu supra avus, avia: infra nepos, neptis: ex transverso frater, soror.* 3. *Tertio gradu supra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui Græcis πατράδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græce μητράδελφος dicitur, & uterque promiscue θεῖος appellatur. Amita est patris soror, quæ Græce πατράδελφη appellatur. Matertera vero matris soror, quæ Græce μητράδελφη dicitur: & utraque promiscue θεία appellatur.*

COM-

COMMENTARIUS.

IN his §§. nihil est, quod Interpretem desideret. Nomina Græca, quæ hic addita, non sunt apud Cajum *l.1. §.2. & 2. seqq. de gradib. & affin.* & quædam etiam desunt: quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro πατράδελφος & μητράδελφος apud Cuj. Hotom. Cont. Wehemb. legitur πατρῶος & μητρῶος, quomodo & Theoph. habet. Illa autem πατραδέλφη, & μητραδέλφη non agnoscunt: nec satis Græca sunt; quoniam Græci non solent sic composita efferre terminatione fœminina: & diserte Pollux in ἐπικλήσεσι scribit, τὸν πατρὸς ἀδελφὸν πατράδελφον, τὸν δὲ μητρὸς μητράδελφον appellari: θεῖα communia nomina esse constat, quibus promiscue fratres & sorores tam patris, quam matris appellantur. In calce §.3. inter θεῖα & *appellatur*, in nonnullis editionibus interpositum est, *quæ etiam* τιτθίς, quod interserit etiam Theop. quamvis fortassis de suo, ut paraphrastes. Plane Polluci τιτθὶς ἡ μητράδελφος. Hesychio & Suidæ θεῖα tam patris, quam matris soror, sed apud hos legitur τιτθίς. Fratris sororisque filii & filiæ speciale cognationis nomen apud Romanos non habent, *l. ult. §. tertio 14. de grad. & affin.* Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφιδοῦς, filia fratris ἀδελφιδὴ vocatur. Erasmus & Valla ἀδελλιδοῦς patrueles vertunt: quo nomine recte notantur a Div. Gipha-nio. Æacus Plutonis ἀδελφιδοῦς apud Lucianum, Jovis & Æginæ filius, Fratruelis. Gloss. gr. lat. ἀδελφιδοῦς, fratruelis, fratris filius, vel fraternus. VINN. Dicuntur & NEPOTES, quamvis ea notio sequiorem Latinitatem sapiat. Vide Casaub. ad Spart. *Hadr. cap.* 2. Voss. *de vit. Serm. c.*27. Attamen Ovid.3. *Pont. eleg.*3. ad Cupidinem.

Cæsar ab Æneæ qui tibi fratre nepos.

quod notavit Barth. ad Guill. Brit. p. 431. Sæculo 4. Licinium *Constantini ex sorore nepotem* vocat Hieron. *Chron. n.*2330. & Oros. *lib.*7. *c.*28. Quæ loca suppeditat V. C. Christ. Cellar. *in Cur. poster. p.*235. HEIN.

TEXTUS.

Quartus gradus.

4. *Quarto gradu supra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex transverso fratris sororisque nepos neptis: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus & matertera magna, id est, aviæ frater & soror; consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte consobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consobrinos, eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos proprie dici putant. Amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.*

NOTÆ.

4. *Quidam recte consobrinos, &c.* Qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt, fratres & sorores patrueles proprie appellantur, qui quæve ex duabus sororibus, consobrini, consobrinæque, quasi consobrini, qui quæve ex fratre & sorore, amitini & amitinæ, *l.1. §. 6. l. ult. §.15. h.t.* ubi tamen Jurisconsulti testantur, hos omnes a plerisque communi appellatione consobrinos vocari.

COMMENTARIUS.

HÆc quoque sunt perspicua quoad rem ipsam, illud tantum notandum, quod tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duabus sororibus, item qui ex fratre & sorore nati sunt, propriis quidem nominibus distinguuntur, sed quorum plerisque vulgo promiscue utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt fratres & sorores patrueles proprie appellari: qui quæve ex duabus sororibus, consobrinos consobrinasque, quasi consobrinos; qui quæve ex fratre & sorore, amitinos & amitinas dici tradunt Cajus *l.* 1. §. *quarto 6.* & Paul. *l. ult.* §. *quarto 15. de gradu & affin.* ubi tamen hos omnes a plerisque uno communi nomine consobrinos vocari testantur, quemadmodum apud Belgas quoque hi omnes dicuntur *Susturlingen*, quod respondet τοῖς *consobrini*. Et quamvis amitini nunquam inter se duo sint, quoniam qui alteri amitinus est, is ab eo consobrinus nominatur, ut in *fine hujus* §. etiam Justinianus indicat; tamen ex sorore & fratre natos inuicem amitinos quoque dici significant. Ex quo hoc etiam apparet, consobrinorum nomen non posse restringi ad solos duarum sororum liberos; nam avunculi filium non alio nomine proprie appellare possum, quam consobrini. In lege Pompeja de parricidiis appellatione patruelium videntur significari fratres & sorores consanguinei, matruelium uterini, *l.* 1. *de parricid.* nec enim potes illo loco patruelem & matruelem consobrinos interpretari cum Bachov. tum quia non debent consobrini præponi patruo & avunculo: tum etiam quia eodem loco post patruum & avunculum collocantur consobrinus & consobrina, ut bene observavit D. Cujac.6. *obs.*17. ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ἀμπάτορα, fratrem sororemque consanguineos matruelem, ἀμμήτορα fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti sunt, fratres patrueles recte appellabimus, & ipsos quoque fratres consanguineos: illos, quod per patres conjungantur; hos, quod eumdem patrem habent. Idemque sentio de fratribus matruelibus.

TEXTUS.

Quintus gradus.

5. *Quinto gradu supra atavus, atavia: infra atnepos, atneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror: & proavunculus & promatertera, id est, proaviæ frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius, filia: propior sobrino, propior sobrina. Illi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ, filius, filia.*

NOTÆ.

5. *Propior sobrino*) Dicitur & propior sobrino, *dict. leg.* 1. §. *ult. l. ult.* §. 16. *vers. personæ*, eod. & propior

pior sobrinus, *l.2. Cod. unde leg.* Græci ἀβεψιὸν ἐγγύτερον appellant in *l.2. C. comm. de succeſſ.*

COMMENTARIUS.

PROpior sobrino) Propior sobrino, sobrina, & propius sobrino, sobrina, item propior sobrinus, sobrina: & propius sobrinus subrina, recte omnimodo dicetur *l. 1. §. ult. Lult. §. quinto 16. verſ. perſonæ de grad. & affin. l. 2. Cod. unde leg.* Paul. 4. *ſent.* 11. Festus in verbo *propius*. Ulpianus tamen est *propior sobrino*, pro quo Tacitus 12. *annal.* 64. dixit *sobrino prior*. *Lepida*, inquit, *minore Antonia genita, avunculo Auguſto, Agrippinæ ſobrinæ prior*, &c. *parem ſibi claritudinem credebat*. Neque enim necesse est, ut cum Cujacio & Giphanio pro *prior* legamus *propior*; nam utrique vocule eadem vis, ut bene Lipsius. Est autem propior sobrino, sobrina, patris ejus, cujus cognatione quæritur, consobrinus, consobrina, *dict. leg. 1. §. ult. & l. 12. eodem*, uti vicissim ille est consobrini filius, *dict. leg. 1. §. ult. & hoc text.* Sic Lepida cum esset Germanico, patri Agrippinæ, consobrina, (nam ab Agrippina vocata est sobrina propior) Agrippina illi consobrini filia. Vero ut confusa est utriuque amitini & consobrini appellatio, ita factum arbitror, ut propiori sobrino ego etiam voce propior sobrinus, *leg. 2. Cod. unde leg.* Fest. *dict. loc.* ubi ait, propius sobrino mihi esse consobrini mei filium & patris mei consobrinum.

TEXTUS.

Sextus gradus.

6. *Sexto gradu ſupra tritavus, tritavia, infra trinepos, trineptis: ex transverſo fratris ſororiſque abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id eſt, abavi frater & ſoror: abavunculus, abmatertera, id eſt, abaviæ frater & ſoror: item propatrui, proamitæ, proavunculi, promateterteræ filius, filia: item propius ſobrino, ſobrinave filius, filia: item conſobrini, conſobrinæ nepos, neptis: item ſobrini, ſobrinæ, id eſt, qui quæve ex fratribus vel ſororibus patruelis, vel conſobrinis, vel amitinis progenerantur.*

COMMENTARIUS.

ITem *propius ſobrino, ſobrinave, filius filia*) Hæc verba omnino inducenda sunt, ut superflua. Etenim filii & filiæ propioris mei sobrini & sobrinæ, aut sunt mihi nepotes ac nepotes consobrini & consobrinæ, aut ipsi mihi sobrini, & sobrinæ: quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto cætera recte habent; neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mutare cum Hotomanno, aut Wesembecio necesse est. Omnino enim male Gothofredus verba ista retinuit, illa autem, *item conſobrini*, &c. expunxit.

Item conſobrini, conſobrinæ, nepos, neptis) Hotomannus ex Cajo *l.3. de gradu & affin.* sic restituit. *Item fratris patruelis, ſororis patruelis, conſobrini, conſobrinæ, amitini, amitinæ, nepos, neptis.* Nulla tamen necessitate: quoniam, ut supra notatum est, generali consobrinorum appellatione patrueles quoque & amitini continentur.

Qui quæve ex fratribus patruelibus) Sobrinorum nomina, ut patruelium & consobrinorum, inter se referuntur, ut qui mihi sobrinus est, ego ei vicissim sim sobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco existimet, fratris, patruelis, &c. filium sobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc est, utrinque sobrinos dici eos, qui ex duobus patruelibus ex amitino & consobrino, ex duobus item consobrinis nati sunt: quos non *achterſuſter Kinderem* vocamus. Hoc gradu propria cognationis nomina desinunt, *l. ult. §. ult. de grad. & affin.*

TEXTUS.

De reliquis gradibus.

7. *Hactenus ostendiſſe ſufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam eſt intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe ſemper generata perſona gradum adjicit: ut longe facilius ſit reſpondere, quoto quiſque gradu ſit, quam priore cognationis appellatione quemquam denotare.*

NOTÆ.

7. *Generata perſona gradum adjicit*) Id est, unaquæque generatio gradum facit. Itaque ex numero generationum constituendus erit numerus graduum. Jus autem Canonicum alia denumeratione utitur in liuea transversa; quæ tamen in causis matrimonialibus dumtaxat servatur, *v. t. ad ſedem c. patentela c. 35. q. 5.*

COMMENTARIUS.

GEnerata *perſona gradum adjicit*) Quantum numerus generationum, tantundem excrescit numerus graduum. Quippe unaquæque generatio gradum facit. Et ideo in quavis quæstione proposita videndum, quot inter utramque personam generationes extiterint, atque ex earum numero constituendus erit numerus graduum.

TEXTUS.

De gradibus agnationis.

8. *Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

COMMENTARIUS.

REcte Hotomannus hunc locum sic interpretatur, non quasi Justinianus dicere voluerit, agnationis gradus eodem modo numerari, sicut cognationis; tam enim agnatorum, quam cognatorum hactenus mentio facta: sed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modo dixit, ratione crescere, nimirum ut semper persona generata adjiciat gradum.

TEXTUS.

De graduum descriptione.

9. *Sed cum magis veritas oculata fide, quam per aures animis hominum inſigatur: ideo neceſſarium duxi-*

ximus, poſt narrationem graduum, eos etiam præſenti libro inſcribi, quatenus poſſit & auribus & oculorum inſpectione adoleſcentes perfectiſſimam graduum doctrinam adipiſci.

COMMENTARIUS.

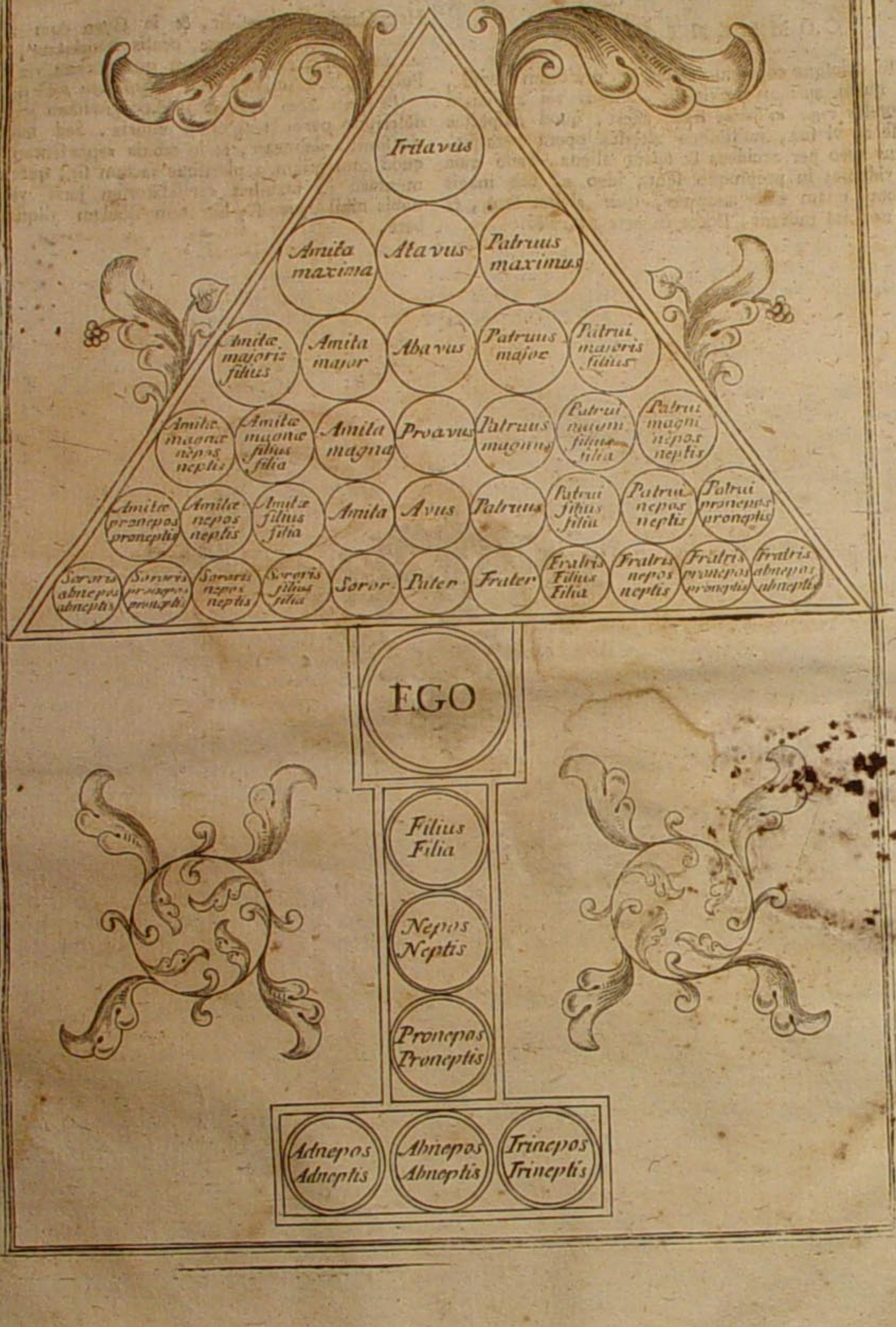
REi cujuſque cognitio certius ex oculorum ſenſu, quam aurium percipitur. Cujus rei rationem Ariſtoteles περὶ ἀϑσιως hanc affert, quod adſpectus per ſe ac vi ſua, nulliuſque alterius opera percipit: auditus vero per accidens & opera aliena. Sane quia quæ videmus in propinquo ſunt, ideo ea nos magis afficiunt, quam quæ audimus, quæ abſunt fera, & ideo non ita movent. Poeta *in arte*, *v.* 180.

Segnius irritant animos demiſſa per aurem,
Quam quæ ſunt oculis commiſſa fidelibus.

Hoc Candaules credidit, & in Gyge cum amiſſione regni expertus eſt, quæ oculis hauriuntur, celerius ad animum accedere, quam quæ aurium via manant. Poly. 12. Ὁ ϑαλαμὸς τῶ ὄτων ἀκριβέστερος μάρτυς.

Præſenti libro inſcribi) Hæc graduum cognationis deſcriptio periit temporum injuria. Sed nullo negotio ſimilis delineari, & in tabula repræſentari poteſt, quod cum etiam a pleriſque factum ſit, quorum commentarii in manibus candidatorum juris verſantur, nobis nihil opus eſt, hic item tabulam aliquam exhibere.

TYPUS HIC REFERENDUS EST AD
paginam .S IX. Tituli VI. de gradibus Cognationis



TITULUS SEPTIMUS.

DE SERVILI COGNATIONE.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *Tit.* 4.

TEXTUS.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus, (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum, & undique confusum fuerat), & hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili constitutus consortio liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, & ad libertatem his pervenientibus, ii qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint & postea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant; patronatus jure in hac parte sopito. Hos etenim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servitute nati & postea manumissi sunt, sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eodem patre sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt.

NOTÆ.

Liberum vel liberos) *Liberum*, numero unitatis, vers. *sup.* §. 2. *per quas* vers. Satis erat dicere, *liberos haberit*, *l.* 148. *de verb. sign.* VINN. Eodem modo loquuti sunt veteres quidam. Aurel. Victor: *Nerva Trajanum in filii locum adoptavit*. Add. Quintil. *Decl.* 11. *l.* 13. *Cod. de inoff. test.* Ex instituto ea de voce disputant Voss. *de analog. lib.* 1. *c.* 42. Munker. *ad Hygin. fab.* 9. & V. C. Dukerus *de Lot. vet. Jurisconsult.* pag. 385. HEIN.

Sive ex aliis nuptiis) Vide comm. etiam Cujac. & Hotomann. *Italicumque copulatione*. Sed tamen nati ex nefario & damnato coitu succedere nequeunt.

COMMENTARIUS.

NOtant fere recentiores omnes in plerisque manuscriptis & in Græca paraphrasi hunc locum nullam novam inscriptionem habere, sed cohærere titulo præcedenti, cujus etiam partem esse arguit collatio ordinum & graduum, quæ hoc eodem loco instituitur. Sed age, rem ipsam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in sex proxime seqq. tit. explicatione solito breviores; ne nimirum hoc opus excrescat curiosa tractatione earum rerum, quæ nullum aut perexiguum usum nunc habent.

Ait, neque edicti Prætoris eam partem, qua bonorum possessio cognatis defertur, neque legem ullam antiquam ad cognationes serviles pertinere. Ex Ulpian. *l.* 1. §. 2. *unde cognat.* & Paul. *l. ult.* §. *non partimus* 5. *de grad. & affin.* Quod sic intelligendum est, non pertinere edictum aut leges antiquas ad servorum cognationem etiam postquam manumissi sunt; nam quamdiu servitutem serviunt, nec successorem habere possunt, nec ipsi alteri succedere, *l.* 4. *C. Commun. de success.* neque novi juris quæ sequitur constitutio ad servos quamdiu in servitute manent, pertinere potest.

Nec ulla antiqua lege talis cognatio) In causa videlicet successionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo servilis cognationis ratio habetur, nuptiisque impedimento est, si forte pater & filia, frater & soror, manumissi fuerint, §. *illud* 10. *sup. de nupt. l. adoptivas* 14. §. 2. & 3. *de rit. nupt.* Quo loco etiam diversi juris ratio indicatur: hæc nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. In successionibus autem naturalis servorum cognatio insuper habita fuit, *d. leg. ult.* §. *non parcimus* 5. *de grad. & affin.* Itaque si verbi causa, ancilla cum liberis, quos in servitute pepererat, manumissa fuerat, neque liberi ex Senatusconsulto Orficiano ad hæreditatem defunctæ matris, neque mater Senatusconsulto Tertylliano ad hæreditatem liberorum, & neque hæc, neque illi ad bonorum possessionem ex parte edicti unde cognati proximi, vocabantur: licet inter matrem & vulgo quæsitos invicem capiendæ hæreditatis accipiendæ bonorum possessionis jus esset.

Sed nostra constitutione) Desideratur hæc constitutio. Epitomem ejus in membranis quibusdam Latine expressam, atque a se repertam, Cujacius exhibet, *lib.* 20. *obs.* 34. in qua tamen epitome tantum jura patronatus definiuntur. Eodem loco repræsentat ex Basilicis constitutionem Græcam, quam putat esse integram hanc Justiniani. Sane Græce scriptam fuisse testatur ipse Justinianus, §. 3. *seq. tit.*

Humanitate suggerente) Etsi servilis cognationis, quamdiu durat servitus, in causa successionis ratio haberi non potest, potest tamen servitute sublata. Atque adeo plenum humanitatis est, tunc in hac etiam causa cognationem illam naturalem spectari.

Ut hi omnes ad successionem) Igitur hac constitutione Justiniani nati ex servis ancillisve, si parentibus manumissis ipsi quoque manumissi sint superstites, eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, a quibus ipsi antea excludebantur.

Alterum in alterius successionem mutuam) Ita ut non solum parentibus, sed etiam ipsi manumissi fratres & sorores inter se succedant. Quod tamen ego sic accipiendum esse existimo, si, quod multis modis accidere potest, patronus deficiat. Nam liberis non extantibus, expresse statim patronum ad liberti intestati successionem ipse Justinianus vocat, idque eadem constitutione, quam hic significat, *d.* §. 3. *vers. sin autem tit. seq.* Quamvis sane fratres patrono præferendos arguat, *l.* 2. *C. de SC. Tert.* Sed non est eadem ratio patris & filii emancipati, quæ liberti proprie dicti & patroni; utique postquam fratres in successione patri prælati sunt, *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* 1. *l. ult. C. comm. de succ.* ad quod jus Tribonianus *d. l.* 2. interpolando conformavit.

Sive soli inveniantur) Quare non modo qui nati in servitute postea manumissi sunt, inter se ab intestato succedunt, sed etiam cum aliis, qui post parentum libertatem nascuntur.

Sive ex aliis nuptiis) Verbum *nuptiis* tollendum esse censent Cujac. Cont. Hotom. Giphan. auctoritate quorumdam manuscriptorum & Theophyli, apud quem tan-

rantum est, εἰσὶ ὁ διαφόρου. Ut horum verborum, *sive ex aliis*, hic sit sensus, sive ex alio & diverso patre, sive ex alia seu diversa matre. Sed contra hos insurgit Bachovius, & maxime in Cujacium. Ego in hac eorum lite Palæmon.

TEXTUS.

Collatio ordinum & graduum.

1. *Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum hæredum, & eorum, quos inter suos hæredes enumeravimus, appareat, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quam fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cum alioqui pater quidem & mater, (ut supra quoque tradidimus), primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundo, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato vel ex fœmineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis hæredibus, & quos inter suos hæredes vocari diximus, adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt, quoties neque suorum hæredum, quique inter suos hæredes sunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat: secundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur; qui etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur exteris ulterioris gradus adgnatis.*

NOTÆ.

1. *Exceptis fratre & sorore emanc.*) Ex constitutione Anastasii §. 1. *sup. d. t.* Item sorore uterina & fororis consanguineæ sive uterinæ filiis & filiabus, §. 4. *sup. de leg. agn. suc.*. Hodie adgnatorum & cognatorum jura confusa sunt, *Nov.* 118. ubi Justin. tres novos ordines successentium fecit. 1. Descendentium, qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Ascendentium, sed horum proximi tantum vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti; & horum quoque fratrum illi concurrentes cum fratribus, non autem si soli sint, ex *Nov.* 127. 3. Lateralium, quorum soli quoque proximi vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis una cum thiis suis veniunt, thiisque defuncti, ejusque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

COMMENTARIUS.

HIC locus ad ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata sunt, generaliter pertinet. Summa est, duas esse successentium prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu: illius autem, quam hujus potiorem rationem esse, in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posterior ordine quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &c. quam fratrem, patrem, matrem) Conferuntur hic sui & qui suorum numero sunt cum legitimis, qui cum illis concurrere numquam possunt, propter prærogativam ordinis suorum. Sed si sui inter se conferantur: hic qui gradu proximior est, puta filius, remotiorem, puta nepotem non excludit. Nam jus repræsentationis & successio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque suis hæredibus; agnatus etiamsi longissimo gradu, &c.) Agnati quoque & cæteri legitimi successores collati cum cognatis præferuntur non ex prærogativa gradus, sed ordinis: nam cognati demum tertio loco vocantur, *sup. de succ. cognat. in princ.* Verum inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum: quoniam in hoc ordine repræsentatio locum non habet, extra quam quod novissimo jure introductum est, *Nov.* 118. *c.* 3. si fratrum filii cum patruis concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita *tit. de leg. agn. succ.* item de Senatusconsulto Tertylliano §. 3. *& seqq.* quæ hic inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum Jura confusa sunt, *d. Nov.* 118. ubi Justin. tres novos ordines successentium fecit, unum descendentium, alterum adscendentium, tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum adscendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii, cæteri laterales ab iisdem excluduntur, inter ipsos autem succedunt tantum proximi, *dict. Nov.* 118. *c.* 2. *& Nov.* 127. Lateralium quoque proximi solum vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis simul cum patruis & avunculis suis veniunt, & patruis avunculisque defuncti, ejusque fratribus ex uno duntaxat latere conjunctis præferuntur, his jure plenioris sanguinis, illis jure quadantenus descendentium: qua de re supra explicatum est diligentius.

TITULUS OCTAVUS.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. *Tit.*

Ratio ordinis, & summa tituli.

HUC usque disseruit de successione ingenuorum; sequitur nunc de successione libertorum, id est, de jure succedendi in bonis libertorum. Vox enim successionis hic non active, ut in præcedentibus, sed passive accipitur, non qua libertus succedit alii, sed qua ipsi liberto succeditur. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege duodecim Tabularum constitutum fuit; aliud Prætores introduxerunt: quod auctum postea lege Papia; postremo aliter hanc causam definivit Justinianus: quæ singula hic ordine referuntur & explicantur.

TEXTUS.

Qui succedunt? De lege duodecim Tabularum.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento præterire:

non

quam ita demum lex duodecim Tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, hærede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si is suum hæredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et siquidem ex naturalibus liberis aliquem suum hæredem reliquisset, nulla videbatur querela: si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

COMMENTARIUS.

1. *Legem duodecim Tabularum non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum.*
2. *Cur magis iniquum visum, patronum ab adoptivis excludi, quam patrem, fratrem? &c.*

NAM ita demum lex duodecim Tabularum) Argumentum ex contrariis, quo probat, jure antiquo duodecim Tabularum licuisse liberto testato decedenti patronum impune præterire. Collectio hæc est. Lex duodecim Tabularum patronum nominatim vocat ad hæreditatem liberti intestato mortui: ergo in bonis liberti testato mortui nullum jus patronum habere voluit, si videlicet testamento præteritus, nihilve ei relictum sit.

Hærede suo nullo relicto) Intestato liberto mortuo, lex duodecim Tabularum primum suis hæredibus defert hæreditatem: si hi non fuerint, tunc patrono. Ulp. *leg. 3. in pr. de suis & l. 3 in fragm. tit. 27. & tit ult. in pr.* ubi sic scribit: *Civis Romani liberti hæreditatem lex duodecim Tabularum patrono defert, si intestato sine suo hærede libertus decesserit. Ideoque sive testamento facto decedat, licet suus hæres ei non sit, seu intestato & suus hæres ei sit, quamvis non naturalis, sed uxor, puta, quæ in manu fuit, vel adoptivus filius lex patrono, nihil præstat.* Hinc vero apparet, legem non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum, qui & ipsi ab intestato post suos hæredes vocantur, & testamento præteriri possunt. (1) Quod autem primo loco & solum post suos hæredes patronum lex vocat, mirum non est: quoniam liberti agnatos non habent. VINN. Recte Vinnius observat patronum liberto loco agnati fuisse. Diserte id dicit Justin. in constitutione græca: quam ex Basilicis primus extulit Cujac. *lib. 20. obser. c. 34.* Ἐπειδὴ δὲ ἀνάγκη συγχωρεῖται τὴν ἐλευθερίαν οἱ ἐλευθερωθέντες αὐτοὺς, διὰ τοῦτο καὶ τῆς κληρονομίας ἀξιοῦσθαι ὀφείλουσι τὴν τοιαύτην διακαθοχήν. Ὅπερ ἐπὶ τῶν ἀγνατῶν οἱ κατὰ βαθμὸν ἐγγύτερον καλοῦνται, κἂν τοῖς ἐπὶ τῶν ἀπελευθέρων. *Quum veluti agnati liberorum patroni censeantur, hinc vocantur ad legitimam successionem. Quem admodum ingenuorum agnati gradu propiores vocantur, ita & libertinorum.* Inde est, quod & nomina patronorum & cognomina adsumerent liberti. Vid. Lact. *Inst. div. lib. 4. c. 3.* Car. Sigon. *de nom. prop.* 1418. VINN.

Si adoptivus filius, aperte iniquum) Patronum a liberis naturalibus, id est, procreatis justo matrimonio, excludi, indignum visum non est; at iniquum visum, eumdem excludi etiam ab adoptivis & adscitiis. Cur vero iniquis in patrono id minus ferendum fuit, quam in patre, matre, fratribus, sororibus reliquis agnatis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hæreditate ingenui præferri constat? Putat D. Hotomanus, Prætorem ideo plus juris patronis in bonis libertorum concessisse, ne alioqui duras nimis conditiones libertis suis in præstanda libertate imponerent, *arg. l. 1. de bon. lib.* Sed & illud durius culum visum, posse patronum per quemvis hæredem testamento liberti scriptum repelli. Cæterum erat hoc consequens liberæ testandi facultati lege 12. Tabularum civibus omnibus datæ.

TEXTUS.

De jure Prætorio.

1. *Qua de causa post Prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est, Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret, & si aut nihil, aut minus parte dimidia relinqueret, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur: suo hærede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum hæredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non solum qui in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati & in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte scripti hæredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto Prætorio petierant. Nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.*

NOTÆ.

1. *Dimidium bonorum*) Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in castris quæsita, *l. 3. §. 6. de bon. libert.*

Æque patrono dabatur, &c. bonorum possessio) Theophr. παρὰ τὰ ἐδίκαια contra tabulas. Sed aut somniavit, aut corruptus est. Quid enim contra tabulas liberto intestato mortuo?

Si modo ex aliqua parte scripti) Hæc clausula pertinet ad datos in adoptionem.

Exhæredati nullo modo, &c.) Intellige, nisi per querelam testamentum, ut inofficiosum evertissent.

COMMENTARIUS.

PRætor duo mutavit. Primum testandi licentiam in liberto coercuit, jussitque libertum ita testari, ut patrono non minus parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidiæ bonorum contra tabulas possessione, si aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum esset. Cæterum quod hic simpliciter scriptum est, is hanc habet exceptionem, nisi libertus liberos naturales, sive suos, sive emancipatos (nam liberi adoptivi jure Prætorio non plus juris contra patronum habent, quam extranei) hæredes instituerit, quippe a quibus & non facto testamento patronus excluderetur. Ulp. *d. tit. ult. in princ.*

Sive intestatus relicto filio adoptivo) Hoc alterum est, quod in hac causa mutavit Prætor. Nam lex duodecim Tabularum etiam adoptivo filio suo hærede existente patronum in totum ab hæreditate liberti intestato mortui excludebat. Edicto vero Prætoris ex parte dimidia admittitur.

Et in adoptionem dati) Liberi naturales in adoptionem dati, quandiu in familia adoptiva sunt, quasi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur, sed tantum ex ea parte edicti veniunt, qua vocantur cognati, §. *at hi* 10. & 12. *cum seq. sup. de hæred. quæ ab intest.* Patronum igitur excludere non potuerunt, nisi testamento hæredes scripti; ac proinde clausula se-

sequens, *si modo ex aliqua parte scripti hæredes erant*, adjecti est.

Aut præteriti contra tabulas) Hoc ad solos emancipatos referri debet. Quippe cum bonorum possessio contra tabulas iis dari non soleat, qui tempore mortis ejus, de cujus successione agitur, in aliena familia fuerunt, §. *eadem* 12. *sup. de hæred. quæ abint.*

Exhæredati nullo modo) Sed quid si testamentum per querelam eversum fuerit? dubitandum non est, quin liberi patronum excludant, cum res ad causam integra redeat. Plura Bachovius *hic*.

TEXTUS.

De lege Papia.

2. *Postea vero lege Papia aucta sunt jura patronarum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum enim est, ut bonis ejus, qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores, quam tres liberos habebat, (sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat) virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve hæredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine filio filiave intestatus decessisset. Cum vero duos triave hæredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: si tres reliquerat, repellebatur patronus.*

COMMENTARIUS.

1. *Sestertius & sestertium ea idem valeant?*

SEcunda hujus juris mutatio facta est lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt suffecti Coss. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab U. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta restituit notisque illustravit vir clarissimus D. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores libertos) Hæc igitur lex ad libertos ocupletiores solummodo pertinuit, in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui sestertium centum millium) Locupletiores habiti, qui sestertium centum millium patrimonium habebunt: pro quo præcise dixit Africanus rem centum, *l. libero 26. de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *leg. si libertus 16. de jur. patron.* Etenim, ut docet Homot. *lib. de re numm.* duplex veteribus enunciandi usus fuit, interdum plena oratione ut diceret, verbi causa, centum millia sestertium, quo modo hoc extulit Justinianus hic: interdum præcise, verbi causa, centum sestertium, aut centum simpliciter: qua forma usus Africanus *d. l. liberto 26.* Ubi per octoginta & centum, totidem sestertiorum millia eum intelligere certum est. (1) Quod autem Cautiuncula & Mynsinguras hic scribunt, atque in Dictionario suo prodidit Calepinus, sestertium neutro genere, & in plurali numero sestertia singula, significare & valere mille sestertios nummos, secuti auctoritatem magni illius Budæi, qui primus *lib. de asse* docuit, errorem esse Bachovius existimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno *d. lib. de re numm.* reprehensum. Sed videtur mihi Bachovius valde oscitante Hotom. inspexisse, qui hoc quidem docet & ostendit, sestertium neutro genere a probatis Latinæ rei auctoribus usurpatum non esse, nisi quod metri causa a Poetis id factitatum, quod & jam antea observaverat Georg. Agric. *lib. 2. de pond.* Cæterum quod porro asserit Bachovius sestertium neutrum genere eadem significatione usurpari a Poetis, qua masculino a cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni, in eo dupliciter errat; nam nec Hotom. id docuit, sed Agricola: & verum non esse, contra Agricolam ipse Hotom. demonstrat c. 22. *d. lib. de re numm.* ubi expresse scribit, sestertia a Poetis dici solita non pro nummis sestertiis, sed pro mille nummorum summa, multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonstrandæ sufficiet. Is *satyra* 4. Crispini cujusdam gulam exagitans sic ait *vers.* 15.

——— *Multum sex millibus emit,*
Æquantem sane paribus sestertia liberis.

quod priore versu de quo minoribus sestertiis Poeta dixerat, sequenti de majoribus enunciat: significat enim, totidem libras malum istum pependisse, quot sestertiis Poeticis emptus fuerat, nimirum sex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia sestertiorum Romani non pronuntiavetint: sed cum ad mille millia ventum esset, adverbiis numeralibus usos, ut dicerent: decies aut vicies sestertium præcise, pro decies aut vicies centena millia sestertium. Sed desino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum, sestertium fuisse quartam partem denarii; denarium partem vicesimam quintam aurei; ac proinde aureum continuisse sestertios centum; idemque valere centum millia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re numaria plura & certiora, quam hactenus habuimus expectamus a D. Salmasio, VINN. Addi ad hunc locum potest V. C. Jac. Perizon. *de leg. Vocon. pag.* 171. Nos quoque rem expendimus *in Comm. ad leg. Poppæam cap. ult.* HEIN.

Pauciores quam tres liberos; virilis pars patrono) Lex Papia patronum liberi centenarii seu locupletis, sive testato sive intestato mortui, in virilem ejus hæreditatis partem admittebat, si modo is pauciores, quam tres liberos reliquisset.

Sine ullo filio intestato) Reponendum omnino cum Russard. Cujac. Cont. Hotom. *testatus*, Theophilus, ἐπὶ διαθήκαις, *condito testamento*. Nam liberto intestato & sine liberis defuncto solus & in solidum succedit patronus tam ex edicto Prætoris, quam ex lege duodecim Tabularum, *sup. in Inst. & §.* 1. Cujac. 3. *observ.* 13.

Si tres, repellebatur patronus) In hoc igitur differt lex Papia a jure Prætorio, quod Patronus a Prætore repellebatur, etiamsi libertus unum aut duos tantum liberos reliquisset: lege vero Papia virilem hic partem patronus obtinebat. At si libertus tres aut plures liberos reliquerat, tunc sive testato sive intestato decessisset, Patronus in totum etiam per legem Papiam summovebatur.

TEXTUS.

De constitutione Justiniani.

3. *Sed nostra constitutio, (quam pro omni natione Græca lingua compendioso tractatu habito composuimus), ita hujusmodi causam definivit, ut si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam; (sic enim legis Papiæ sum-*

summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successiones, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim Tabularum, integrum reservavit. Cum vero majores centenariis sint, si hæredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum sive plures, cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, siquidem intestati, ad omnem hæreditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem ac patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exhæredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam, ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur, vel quod deest eis, ex constitutione nostra replentur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit; ita sine onere, ut nec liberis liberti liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad cohæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis casibus a nobis in præfata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi dispositionem juris prospeximus; at tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertarumque vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Et si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi sint, qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocentur successionem: & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Pene enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecimus.

NOTÆ.

3. *Nostra constitutio*) Mox extat: sed eam nobis ex Basilicis repræsentat Cujac. 20. *observ.* 34.

Pro mille sestertiis unus aureus) Eum antea unus aureus responderet tantum sestertiis centum. Non igitur simpliciter legem Papiam interpretatur, sed emendat.

Vel fideicommissa) Quæ certis personis præstantur ab his, qui petunt bon. poss. cont. Tabb. *l.* 1. *de l. præs.* quod onus olim etiam patrono incumbebat, *leg.* 4. *de cond. & dem. l.* 64. §. *ult. ad SC. Trebell.*

Usque ad quintum gradum) Mynsi. & Pac. putant, hæc verba tantum ad eos referenda esse, qui ex latere veniunt, sed refelluntur ipso tenore constitutionis, πάντων καὶ πατρώνων, καὶ τῶν ἐκ τούτων, καὶ ἐγγόνων, καὶ ἀπογόνων τετάρτην δὲ ἐντεῦθεν μέχρις πέμπτου βαθμοῦ τῶν πλαγίων Addunturque πλαγίων, id est, soli; nam & qui ex latere veniunt, non admittuntur, ad illam tertiæ partis bonorum successionem, ut mox subjicitur: sed tantum ad successionem liberti intestato sine liberis mortui usque ad quintum gradum, nec hic ulterius patronum liberi, ut iterum verba ostendunt, ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς πάντων καὶ οἱ πατρῶοι αὐτῶν μέχρι μέντοι τοῦ ἀπελευθέρου.

Qui proximior est, &c. & in capita) *l.* 13. §. 3. & *seq. de bon. libert.* Ulpian. *tit.* 27. §. 1. & *seqq.* Nimirum hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberi; ad cujus successionem patroni eorumque liberi non veniunt jure suorum hæredum, sed agnatorum, *l.* 2. §. 1. *unde legit.*

COMMENTARIUS.

Quoniam lex Papia nimium patronis tribuere videbatur, eo quod certis casibus hos etiam liberis liberti centenarii exæquaret: & jure Prætorio libertus sine liberis decedens cogebatur semissem omnium bonorum patrono relinquere: Justinianus utrique juri derogavit: causamque sic in summa definivit, ut in libertо minore centenario testato decedente, patronus nullum jus in successione ejus haberet. Sin autem centenario major decederet, sive testatus, sive intestatus, cum si liberos reliquisset, & vel unum cujuscunque sexus, gradus, aut conditionis, patronus excluderetur, nisi forte testamento patris liberi essent hæreditati. Si vero nullos liberos reliquisset, ab intestato patronus in solidum ut hæres esset, antiquo jure patronatus integro hoc casu servato: testamento vero facto, uti pro semisse, quem Prætor patrono decreverat, trientem sine ullo onere obtineret: atque hoc succedendi jus non solum ipse patronus haberet, verum etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus, patroni ex latere cognati usque ad quintum gradum: sic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capita hæreditas divideretur.

Pro mille sestertiis unus aureus) Justiniani ætate cum multo minores essent hominum facultates, locupletes censebantur, qui centum aureos in bonis habebant, cum antea ex mille aureis hoc æstimaretur. Hotomannus putat, transposita esse nomina, & pro *mille* hic substituit *centum*, uti paulo ante pro *centum mille*, quod probat Wesembecius; ego in medio relinquo.

Sin autem sine liberis) Quid si adoptivos tantum reliquerit? Hotomannus censet, patronum & hoc casu lege Justiniani in totum excludi. Bachovius contra in partem patronum admitti, cujus sententia verior videtur, *arg. p. hujus tit. in fin.* §. 1. *in princ.* item constitutionis Græcæ relatæ a Cujac. *lib.* 20. *obs.* 34.

Vel mater sive avus maternus) Quippe quorum præteritio pro exhæredatione est, §. *ult. supr. de exhær. lib.* quod nec jure novissimo mutatum esse demonstravimus *supr. tit de inoff. test. in pr.*

Ex constitutione nostra repletur) Intelligit haud dubie constitutionem *l. omnimodo* 30. *Cod. de inoff. test.* ut proinde hactenus eadem sit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere) Et ergo in hoc quoque exæquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam seu legitimam sine onere habere debeant, l. 32. *Cod. de inoff. test.* junct. *hoc text.* cum olim legatorum & fideicommissorum præstandorum onus, quæ liberis præteritis aut exhæredatis relicta erant, patrono incumberet, *l.* 4. *de cond. & dem. l. si ejus* 64. §. *ult. ad SC. Treb.*

Usque ad quintum gradum) Pacius putat, hæc verba ad eos tantum referenda esse, qui ex latere veniunt, non ad liberos patroni, cum Mynsingero *ad hunc locum & §. 2. infr. de bonor. possess.* sed refelluntur verbis constitutionis Græcæ relatæ apud Cujac. 20. *observ.* 34. ac proinde nullius momenti est argumentum petitum ex *l. liberorum* 220. *de verb. signif.*

Qui proximior est) Si unus pluriumve patronorum plures liberi sint diversi gradus, qui proximior est, in successione liberti præfertur, & plurium patronorum liberi non in stirpes, sed in capita succedunt, *leg. si libertus* 23. §. 1. & *seq. de bon. libert.* Ulp. *t.* 27. §. 1. & *seq.* Non est huic contrarium, quod de liberis sa-

pra relatum est, eos parentum suorum occupare, inque stirpes, non in capita succedere: quippe hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti, ad cujus successionem patroni eorumque liberi non jure suorum hæredum, sed agnatorum jure veniunt, *leg.* 2. §. 2. *unde leg.* Hactenus ergo nihil novi Justinianus.

TEXTUS.

Quibus libertinis succeditur?

4. *Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sint alii liberti: simul & Dediticiis & Latinis sublatis, cum Latinorum successiones nullæ penitus erant: quia licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant: & quasi servorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissos detinebant. Postea verò Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut libertis manumissoris, non nominatim exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam supervenit D. Trajani edictum, quod eumdem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinavit, faciebat quidem vivum civem, Latinum vero morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionem vices & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum D. Trajani, in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberi civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.*

NOTÆ.

3. *Dediticiis & Latinis sublatis leg. unic. Cod. de ded. lib. toll. leg. un. Cod. de Lat. lib. toll. v. sup. §. 3. de libert.*

COMMENTARIUS.

OLim non omnes libertini ejusdem erant conditionis; nam eorum, qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant, alii Latini Juniani, aut Dediticii, idque vel propter qualitatem domini manumittentis, vel modum manumissionis, vel ætatem aut personam manumissi, quod *lib. 1. t. de libert.* latius explicatum est. Itaque cum eum, quem hæredem vel ex testamento vel ab intestato habere volumus, necesse sit esse civem Romanum, satis appareat, ea, quæ de jure succedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cauta sunt, ad Latinos & dediticios non pertinuisse. Quod autem Justinianus monet, ea quæ ipse de eadem re constituit, ad libertos Latinos & dediticios non pertinere, sublata jam tum Latina & dediticia libertate, parum subtile est.

Latinorum legitimæ successiones nullæ) Neque testamentariæ. Nam Latini nec testamentum facere, neque omnino hæredem habere poterant, sicut nec ipsi hæredes esse. Hæc enim omnia, jus testamenti faciendi, cujus capiendæ hæreditatis, item hæredis habendi, propria erant civium Romanorum. Quare nec intestati Latini decessisse dici poterant, *leg. 1. in princ. de suis & leg.* Libertorum vero civium Romanorum ut testamentariæ, ita & legitimæ successiones erant: nam eorum intestatorum hæreditas primum suis hæredibus deferebatur, deinde patronis, eorumque liberis tamquam agnatis, quibus quæ defertur, in edicto Prætoris in specie legitima dicitur, *tit. unde leg.*

Jure quodammodo peculii) Nam mortuo liberto Latino Juniano, patronus bona, cujus non tamquam hæreditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo dominus peculium servi, pater filii retinet. Unde si patronus cum liberis suis simul extraneos quosdam hæredes instituisset, bona hujus liberti dividebantur communiter inter suos & extraneos hæredes, quemadmodum peculium servi aut filii dividitur inter hæredes domini aut patris.

Extraneis hæredibus eorum) Id est, extraneis hæredibus manumissorum seu patronorum. Ut ecce. I. Titius, qui libertum Latinum habebat, decessit, liberis suis & quibusdam extraneis hæredibus institutis; moritur deinde libertus, ex lege Junia una cum liberis Titii extranei scripti hæredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatusconsulto autem Largiano soli veniunt liberi Titii. Tota a via in hoc explicando deerravit Hotomannus, iis quoque, quæ paulo ante dixerat, manifeste contraria tradens. Meminit Justinianus Senatusconsulti Largiani in *leg. un. Cod. de Lat. lib. toll. & Nov. 78. in princ.*

Divi Trajani edictum) Edicto Divi Trajani cavebatur, ut Latinus Junianus, qui invito ignoranteve patrono jus civitatis Romanæ beneficio Principis adeptus esset, viveret quidem ut civis Romanus, moriens autem liberti Latini exitum faceret, id est, ut bona ejus quasi peculii jure ad patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit in *d. leg. un. in princ. §. ult. Cod. de Lat. lib. toll.*

Sed nostra constitutione) Ea est *d. l. un. Cod. d. tit.* qua, ut antea ingenuos omnes Antoninus civitate donavit, *leg. in orbe 17. de stat. hom.* ita Justinianus libertinos omnes civitate donatos exæquat. Novissime libertinos omnes tantum non exæquavit ingenuis, *Novell. 78.*

TITULUS NONUS.

DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Digest. Lib. 38. Tit. 4.

Continuatio.

HIC titulus moderationem continet proxime præcedentis. Nam quod generaliter ubi definitum est patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi sunt, bona liberti ex æquo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur: nisi uni ex liberis libertum assignaverit, hoc est, testificatus fuerit, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *leg. Assignare 107. de verb. sign.* hoc enim casu is solus, cui facta est assignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti succedit, reliquis liberis assignatoriis exclusis, *leg. 1. in princ. hoc tit.*

TEX-

TEXTUS.

An assignari possit, & quis assignationis effectus?

In summa (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus, censuisse Senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineat; tamen licere parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solutis patronus habeatur, cui assignatus est; & cæteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant, sed ita demum pristinum jus recipiant, si is cui adsignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

NOTÆ.

Assignare libertum) Assignare libertum est testificari, cujus ex liberis eum liberum esse velit, *l.* 107. *de verb. signif.* id est, Jurispatronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere. VINN. Idque concessum SC. sub Claudio anno U. C. DCCXCVIII. Suilo Rufo, & P. Ostorio coss. Ipsa legitima SC. verba habes in *l.* 1. *ff. hoc tit.* HEIN.

COMMENTARIUS.

Licere parenti) Et quidem soli. Nam jus assignandi libertum parenti manumissori Senatus dedit, *dict. l.* 1. *hoc tit.* quod tam arcte acceptum, ut liberi manumissoris liberum paternum, quantumvis a parente sibi adsignatum, liberis suis adsignare non potuerint; cum tamen in plerisque aliis causis jure manumissorum censerentur, *l.* 8. *eodem*.

Ita demum pristinum jus recipiant) Ad liberos, non ad hæredes extraneos jus patronatus assignatione quæsitum transmittitur: quod intelligitur ex verbis extremis Senatusconsulti relati apud Ulpian. *d. l. hoc tit. Utique si ex liberis quis in civitate esse desisset, neque ei liberi ulli essent, cæteris ejus liberis, qui manumisit, perinde omnia servantur, ac si nihil de eo liberto eave libertate parens significasset.*

TEXTUS.

De sexu assignati, & sexu graduque ejus, cui assignatur.

1. *Nec tantum libertum, sed etiam libertam, & non tantum filio nepotive, sed etiam filiæ neptivæ adsignare permittitur.*

COMMENTARIUS.

Sed etiam libertam) Hoc ex ipsis verbis Senatusconsulti planum est: quippe quo perpetuo tam libertæ, quam liberti fit mentio.

Sed etiam filiæ neptive) Senatus generaliter loquitur, *si quis liberos in potestate haberet*, sine discrimine sexus aut gradus. Itaque non minus filiæ neptire, quam filio vel nepoti assignari posse, intellectum est. Quin etiam præferri posse filio nepotem adsignatoris, *leg.* 3. 1. 1. *hoc titul.* quippe cum hoc tantum requirat Senatus, ut liberi adsignatoris in potestate sint, non etiam ut sint sui hæredes. Perperam hæc omisit Theoph. 53

TEXTUS.

De liberis in potestate vel emancipatis.

2. *Datur autem hæc adsignandi facultas ei, qui duos pluresque liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, adsignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum, cui adsignavit, postea emancipaverit, num evanescat adsignatio? Sed placuit evanescere, quod & Juliano & aliis plerisque visum est.*

COMMENTARIUS.

Qui duos pluresve liberos in potestate) Cum adsignare nihil aliud sit, quam Jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni proprie ac peculiariter attribuere, in eumque solum derivare, non est existimandum, dubitatum fuisse, an is demum adsignare possit, qui duos aut plures liberos habeat; aut si unum tantum quis habeat, an ulla tunc esse possit adsignatio; neque iste hujus loci sensus est, sed hic, assignationem tantum posse fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus, in potestate constitutis, ut hinc removeantur emancipati. Nimirum quemadmodum lex duodecim Tabularum jus patronatus retineri voluit in familia, ita etiam Senatusconsultum idem jus adsignatione contractum finibus familiæ concluserit: idque ipsa verba Senatusconsulti indicant, & hic ipse locus.

Placuit evanescere) Non tantum emancipato facta adsignatio nulla est, sed etiam facta ei, qui in potestate erat, emancipatione ejus evanescit, congruit *l.* 1. *in fin. eod.* De eo dubitatum, an si præter emancipatum duo existant in potestate, possit hoc casu patronus non tantum uni ex his, quæ in potestate sunt, sed simul etiam emancipato adsignare. Sed Modestinus respondit, magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus, id per conjunctam personam sequitur, ut in specie *leg.* 9. *eod. l. ult. de lib. & potest.* Quod si unus tantum sit in potestate, alter emancipatus, & utrique libertus adsignetur, quæ adsignatio in persona ejus, qui in potestate est, nulla est, ea propter emancipato utilis fieri non debet: ita censeo cum Cujac. VINN. Ergo cum Em. Merill. *Obs. lib.* 7. *cap.* 13. ita conciliare malim textus, quod possit pater & emancipato libertum assignare, per ea, quæ tradit Modestinus *l.* 9. *ff. hoc tit.* si tamen de suo adsignarit, eumque postea emanciparit, expirare assignationem, per §. 2. *Inst. hoc tit.* quia pater, dum emancipat, mutasse voluntatem censeatur. NEIN.

TEXTUS.

Quibus modis aut verbis assignatio fit? & de Senatusconsulto.

3. *Nec interest, an testamento quis adsignat, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipso SC. quod Claudiani temporibus factum est, Sabellio Rufo, & Asterio Scapula Consulibus.*

COMMENTARIUS.

ADſignari libertus poteſt & teſtamento & codiciliis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis cauſa, quibuſcumque verbis; epiſtola, chirographo, pure, ſub conditione; denique nutu etiam, *l. 1. §. 7. eod.* quod proculdubio ex verbo *ſignificaſſet*, quo Senatus utitur, ſumptum eſt; & ideo ait Juſtinianus, hoc patronis facere permiſſum exipſo Senatuſconſulto.

TITULUS DECIMUS.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. Lib. 37. Tit. 1.

Ratio ordinis: bonorum poſſeſſio quid? argumentum tituli.

EX quatuor acquirendi per univerſitatem modis, propoſitis §. *ult. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* primus & præcipuus expoſitus eſt, ſcilicet ratio acquirendæ hæreditatis jure civili tum teſtamento, tum ab inteſtato delatæ. Succedit nunc ſpecies acquiſitionis ejuſdem generis ſecunda, ſeu ea hæreditatis acquirendæ ratio, quæ eſt ex jure Prætorio per bonorum poſſeſſionem, de qua hoc titulo ex profeſſo nunc Imperator tractat. Nam quod ſubinde etiam ſupra de jure Prætorio diſputatum eſt, id factum per occaſionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum poſſeſſio finitore Ulpiano *l.* 3. §. 2. *hoc. tit.* eſt jus perſequendi retinendive patrimonii, ſive rei, quæ cujuſque cum moritur, fuit. Non ergo bonorum poſſeſſio hic accipitur, uti poſſeſſio illa rerum ſingularum, quæ facti eſt, & corporalis detentionis, de qua *tit. ff. & C. de acq. poſſ.* ſed tota juris eſt, & dominium tribuit: uti hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum poſſeſſio vi ipſa nihil aliud eſt, quam hæreditas, *d. l. in pr. & §. 1. l. & l. 2. cod. l. 117. de reg. jur.* unde a Grecis dicitur π αυτοφία διάδοχη. Tantum in tempore & modo acquirendi diverſitas eſt. De fine bonorum poſſeſſionis, tum quam ea vim & unde habeat, primum hic exponitur; deinde ſpecies ejus eo ordine, quo edicto propoſitæ fuerunt, recenſentur, ac mox quibuſdam remotis quædam tranſponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum poſſeſſionis petendæ.

TEXTUS.

Cur introductæ bonorum poſſeſſiones? & quis ſit earum effectus.

Jus bonorum poſſeſſionis introductum eſt a Prætore emendandi veteris juris gratia. Nec ſolum in inteſtatorum hæreditatibus vetus jus eo modo Prætor emendavit, ſicut ſupra dictum eſt, ſed in eorum quoque, qui teſtamento facto deceſſerint. Nam ſi alienus poſthumus hæres fuerit inſtitutus, quamvis hæreditatem jure civili adire non poterat, cum inſtitutio non valebat; honorario tamen jure bonorum poſſeſſor efficiebatur: videlicet cum a Prætore adjuvabatur. Sed & is a noſtra conſtitutione hodie recte inſtituitur, quaſi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, ſed magis confirmandi gratia, Prætor pollicetur bonorum poſſeſſionem. Nam illis quoque, qui recte teſtamento facto hæredes inſtituti ſunt, dat ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem. Item ob inteſtato ſuos hæredes & agnatos ad bonorum poſſeſſionem vocat. Sed & remota quoque bonorum poſſeſſione ad eos pertinet hæreditas jure civili. Quos autem ſolus Prætor vocat ad hæreditatem, hæredes quidem ipſo jure non fiunt: nam Prætor hæredem facere non poteſt; per legem enim tantum, vel ſimilem juris conſtitutionem hæredes fiunt, vel per Senatuſconſulta, & conſtitutiones principales: ſed cum eis Prætor dat bonorum poſſeſſionem, loco hæredum conſtituuntur, & vocantur bonorum poſſeſſores. Adhuc autem & alios complures gradus Prætor fecit in bonorum poſſeſſionibus dandis, dum id agebat, ne quis ſine ſucceſſore moreretur. Nam anguſtiſſimis finibus conſtitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hæreditatum Prætor ex bono & æquo dilatavit.

NOTÆ.

Bonorum poſſeſſionis) Hæc ſecunda ſpecies eſt acquiſitionis per univerſitatem earum quatuor, quæ propoſitæ *ſupr. §. ult. per quas perſ.* Bonorum poſſeſſio vi ipſa nihil aliud eſt, quam hæreditas, *l. 4. & 3. h. t. l. 117. de reg. jur.* Greci ἀγαθῶν ἀνατολὴ appellant, & πραιτωρείαν διάδοχὴν.

A noſtra conſtitutione) Hæc conſtitutio non extat, fac. *d. 26. ſupr. de leg.*

Ipſo jure non fiunt) Ipſo jure hic idem valet quod jure civili, ut & alibi, §. 11. *infr. de act. 1. infr. de perp. & temp. act. l. 9. §. uſuſf. q. cav.* Igitur hæredes ipſo jure non fiunt, id eſt, non fiunt jure civili hæredes, etſi adeant hæreditatem, aut pro hærede gerant. Alio ſenſu ſui dicuntur ipſo jure hæredes exiſtere.

Per Senatuſconſulta) *l. 9. d. tit. ſupr. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

Conſtitutiones Principum) Exemplum habes §. 3. & 4. *ſupr. de leg. agn. ſucc. l. pen. & ult. C. de leg. hær.*

Alios complures gradus) Id eſt, ordines, τάξεις, ut ſæpe alibi, *l. 1. §. 1. unde liberi l. 5. unde cogn. l. un. qui ex ord. in bon. poſſ.*

Ex bono & æquo) Nam Prætor & alios ſucceſſorum ordines fecit, & ordinem, graduumque ſucceſſionem admiſit tit. *de ſucceſſ. edict.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando Prætor circa ſucceſſionem jus vetus emendarit?*
2 *Quænam bonorum poſſeſſiones juris civilis confirmandi gratiæ introductæ? & quam utiliter?*
3 *Qui jure civili ſuccedere poſſunt, ſi malint honorario, hæredes, an bonorum ſucceſſores efficiantur?*
4 *Cur Prætor hæredem facere non poſſit?*
5 *Bonorum poſſeſſores vi ipſa hæredes eſſe, & jure Prætorio dominium rerum ſingularum conſequi: quid a pleriſque minus bene perceptum?*
6 *Scopus Prætoris in introducendis bonorum poſſeſſionibus.*

EMendandi *juris veteris gratia*) Supra didicimus, legem 12. Tabularum ſucceſſiones ab inteſtato tam an-

angustis finibus concluſiſſe, ut intra ſuorum hæredum & agnatorum ordinem conſiſteret. Poſtea vero multas perſonas, tum inter ſuos hæredes, tum inter agnatos, vocatas a Prætore, Senatuſconſultis, conſtitutionibus Prætorum etiam tertium ordinem feciſſe, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. (1) Hoc ſignificat Juſtinianus, cum ait, Prætorem bonorum poſſeſſiones introduxiſſe emendandi juris veteris cauſa; emendavit enim, laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis liberis emancipatis, cognatiſque ad ſucceſſionem viam aperit. Ajo, jure civili neglectos, nam capere nominatim prohibitis Prætor non ſuccurrit, ne directo, quod non poteſt, contra leges faciat, *l. non eſt* 12. §. 2. *h. t. l.* 12. §. 4. *de pub. in rem act.* Simili quoque correctione & quadam velut impugnatione juris civilis uſus eſt Prætor & in hæreditatibus eorum qui teſtati deceſſerunt dando bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas poſthumis alienis hæredibus inſtitutis, *l.* 3. *ſec. tab.* & contra tabulas liberis emancipatis præteritis, §. *eod.* 12. *ſub de hær. quæ ab inteſt. def.*

Si alienus poſthumus) Qui dicatur ſuus, qui alienus poſthumus: item cur alienus poſthumus jure civili hæres inſtituti non potuerit, neque legatum capere, diligenter expoſuimus *lib.* 2. *ſub tit. de legat.* §. *poſthumo* 26. add. & quæ ſub §. 2. *ſus de exhær. lib.*

Honoraria jure bonorum poſſeſſor) *d. l.* 3. *ſec. tab. l.* 6. *de inoff. teſt.* Atque ad effectum hujus juris & ſimul inſtitutionis & legati reſpiciens dixit alibi poſthumum alienum etiam olim hæredem inſtitui potuiſſe, §. *poſthumus* 26. *ſupr. de legat.* quod multis ibi argumentis confirmavimus.

Sed magis confirmandi gratia) Ait, quaſdam bonorum poſſeſſiones a Prætore etiam confirmandi, id eſt, adjuvandi juris veteris gratia introductas; idque declarat duplici ſpecie bonorum poſſeſſionis: quarum una ex teſtamento ſecundum tabulas, quam etiam recte inſtitutis hæredibus Prætor pollicetur; altera ab inteſtato; eaque item duplex, *unde liberi*, & *unde legitimi*, quantum ad illam etiam ſuos hæredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure cenſentur, invitet.

Hæredes inſtituti) Hæredi teſtamento recte inſtituto ſcimus neceſſariam non eſſe bonorum poſſeſſionem *ſecundum tabulas*, cum adita hæreditate jure civili hæres fiat. Exiſtimo etiam, Prætorem ab initio bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas jure civili ſcriptas perfectaſque pollicitum non eſſe, ſed ſecundum eas dumtaxat, quæ ipſius inſtituto ſcriptæ fuerant, quarum formam jus civile, quo ſolo hæreditas defertur, ignorabat; hoc eſt, quæ ſeptem teſtium ſignis erant obſignatæ, *l.* 2. *C. ſec. tab.* aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel teſtamentum ruptum irritumve factum fuerat. Ulp. *tit.* 23. §. *ſi ſeptem* 6. & *tit.* 28. §. *etiamſi* 6. §. *penult.* 12. *de injuſt. rupt. irrit* §. *non tamen* 6. *ſupr. quib. mod. teſt. infirm.* Cæterum progreſſu temporis jus Prætorium crevisse, inoleviſſeque, ut etiam qui recte hæredes inſtituti erant, aliique qui jure civili hæreditatem adeundo conſequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis Prætoriis uterentur, veluti interdicto *quorum bonorum l.* 1. *quor. bon.* vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum poſſeſſoribus quam cum hæredibus, *l.* 3. §. *acquirere* 7. *hoc tit. leg.* 1. & *ult. qui adm. ad bonor poſſeſſ.* bonorum poſſeſſionem peterent: editumque poſtea plenius conceptum. Horomannus putat, per bonorum poſſeſſionem etiam acquiri poſſeſſionem iſarum rerum, qui manifeſtus error eſt: non enim magis agnoſcendo bonorum poſſeſſionem rerum ſingularum poſſeſſionem adipiſcimur, quam adeundo hæreditatem, *leg.* 3. §. 1. & 2. *hoc tit.* junct. *leg. cum hæred.* 23. *de acquir. poſſeſſ.* Sed & ſi quis res defuncti corporaliter poſſideat, eum tamen neceſſe eſt bonorum poſſeſſionem a Prætore obtinere, ut in naturali rerum ſingularum poſſeſſione defendatur. Weſemb. *par. hoc tit. num.* 8. D. Diod. Tuld. *in comm. hic c.* 1.

Suos hæredes & agnatos) Suos hæredes ad bonorum poſſeſſionem *unde liberi*, agnatos ad bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*. Licet enim his bonorum poſſeſſio non ſit neceſſaria, (utpote qui etiam remota ex jure civili hæreditatem obtineant) & adſpectu principalis ſcopi bonorum poſſeſſio *unde liberi* comparata ſit emendandi juris civilis gratia, ſuccurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoſcit, §. *emancipati* 9. *ſup. de hær. quæ ab in.* tamen ſuos etiam hæredes Prætor edicto complexus eſt, *l.* 1. *unde liberi* & agnatos quoque & cæteras perſonas legitimas vocavit *tit. unde legitimi*: ne quod iis conceſſerat, quos ſolus ipſe vocat, denegaſſe illis videretur, quos vocat potentior, inque eo juris civilis ſe adjutorem præbuit. Οὐκ ἐφιλονείκησε πράττειν, ait Theoph. & Theod. Heermop. ad *l.* 117. *de reg. jur.* ὁ πραιτώριος νόμος φιλανθρωπότερος, *jus Prætorium humanius eſt*. Hinc illuſtratur *leg.* 7. §. 1. *de juſt. & jur.* & §. *Prætorium* 7. *ſupr. de jur. nat. gent. & civil.*

(3) *Solus vocat Prætor*) Quid ergo ſi quis teſtamento hæres inſtitutus aut agnatus proximus inteſtati, quos ſolus Prætor non vocat, ſed quibus liberum eſt vel hæreditatem adire, vel ex edicto bonorum poſſeſſionem accipere, *leg.* 2. §. *ſi duo* 8. *ſec. tabul.* hoc, quam illo jure, ſuccedere malluerit? Hoc etiam non hæredes, ſed bonorum poſſeſſores effici; ac proinde non directis, ſed utilibus actionibus uſuros recte cenſet Joannes Faber. Quin amplius, nec ſuum hæredem, qui *ſecundum tabulas* aut *unde liberi* accepit, exiſtimo alias, quam utiles & Prætorias actiones exerciturum; directasque, quæ apud eum remanent; quia ipſo jure hæres extitit, eſſe ſine effectu, *arg. leg.* 7. §. *ſed quod Papinianus*, 10. *de minorib. leg. ei qui*, 88. *de hæred. inſtit.*

(4) *Prætor hæredem facere non poteſt*) Hæredem facere eſt juſtum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod ſolius legis eſt, utpote quæ rebus omnium tamquam regina & domina præſidet, *l.* 2. *de leg.* aut ejus, qui ſimilem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit Senatus, uti docet *l. non ambigitur*, 9. *de legib.* & oſtendunt Senatuſconſulta Tertyllianum & Orficianum, non Prætoris, qui nudus fuit magiſtratus ἀμεταπόμπου non ψηφίσματος: qui tamen, tacite conſentiente populo, hoc uſurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, ſed tamen præter rationem juris conſtituti ex æquo & bono conſtitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt, vid. *not. ſub* §. *Prætorum* 7. *ſupr. de jur. nat. gent.*

Loco hæredum conſtituuntur) Prætor ſucceſſores ſuos, quos hæredes facere non potuit, bonorum poſſeſſores appellavit: iiſque utiles actiones dando efficit, ut vicem hæredum obtinerent, immo vi ipſa ut hæredes eſſent, *l.* 1. 2. 3. *hoc tit.* Unde eſt, quod hæredis appellatio etiam bonorum poſſeſſori abſolute tribuitur, & pertio etiam bonorum poſſeſſori abſolute tribuitur, & perpetuo appellatione hæreditatis bonorum quoque poſſeſſio venit, *l. hæreditatis*. 138. *de verb. ſign. l. conditionib.* 19. §. 2. *de cond. & demonſt. l.* 1. §. *bonorum* 7. *ad Sc. Trebell. l. ult. C. qui adm. ad bon. poſſ.* Sed & paſſim noſtri bonorum poſſeſſores vocant ſucceſſores honorarios, *l. ſed &*

ejus, 24. §. 1. *fam. ercis.* l. *si fine* 9. *illud*, 6. *de interr. in jus*, 14. §. 1. *fam. ercis.* l. *si fine* 9. *illud*, 6. *de interr. in jur. leg.* 10. *ad Sc. Vell.* l. 1. §. *nec non*, 8. *ut leg. nam. edv.* (5) Cum ergo bonorum poſſeſſores jus hæredum conſequantur, etiam dominium eos conſequi neceſſe eſt, & quidem rerum ipſarum ſeu proprietatem ipſam, uti hoc diſerte traditum eſt ab Ulpiano *leg.* 1. *hoc tit.* dominium, inquam, non utique directum aut ex jure quiritium ſeu legitimum, ſed utile ſive bonitarium, aut ſi mavis, dominium Prætorium; nam bonorum poſſeſſor hæres honorarius eſt: hæres vero dominum ſi gnificat. Ita quem Prætor ſecundo decreto in poſſeſſionem mittit, dominus etiam conſtituitur, *leg. ſi ſinivem* 15. §. *Julianus*, 16. & §. *poſtea* 33. *de damn. infr.* Perſpicuum eſt igitur, eos errare, ut leviſſime dicam, qui contendunt, Prætorem nihil aliud tribuere bonorum poſſeſſori, quam rerum poſſeſſionem, quippe quæ nihil cum dominio commune habet, *leg.* 12. §. 1. *de acq. poſſ.* immo quam nec tribuit Prætor, & quæ nemini acquiritur, niſi qui eam naturaliter apprehenderit, *l.* 1. & *paſſim de acq. poſſ.* Dominii quoque poſſeſſionis, quale alii tantum ſucceſſoribus honorariis tribuunt, mequale alii tantum ſucceſſoribus honorariis tribuunt, merum commentum eſt. Clariſſimus Div. Tuldenus ſic hæc explicat: hæreditas, inquit, quia ſucceſſio eſt in univerſum jus defuncti, ſtatim ut adita eſt, tribuit dominium rerum hæreditariarum. Non par vis, inquit, bonorum poſſeſſioni; quippe quæ tantum facultatem tribuit perſequendi. Hæc ille. Ait enim vero ſi rem ſpectemus, par utrique & eadem vis, nam & bonorum poſſeſſio non minus, quam hæreditas, eademque ratione, qua hæreditas, ſucceſſio eſt in univerſum jus defuncti, & ipſa quoque ſimul atque admiſſa eſt, dominium jure Prætorio tribuit æque ac hæreditas jure civili; textus ſunt expreſſi & clari in *l.* 1. *l.* 3. *in princ. hoc tit.* Res hæc ideo minus recte vulgo percepta eſt, quod in deſcribenda tum hæreditate tum bonorum poſſeſſione Juriſconſulti improprie locuti ſunt, nec vero, ſed tropico genere uſi: nam neque hæreditas proprie ſucceſſio eſt, ut abunde demonſtravimus ſub tit. *de reb. corp. & in corp.* neque bonorum poſſeſſio poteſtas perſequendi, ſed utraque nihil aliud quam univerſum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & hæres ſuccedens & bonorum poſſeſſor, ille ſcilicet adeundo, hic bona apud magiſtratum amplectendo, dominium rerum ſingularum ſtatim nanciſcuntur, ille civile, hic Prætorium, & conſequenter jus eas res perſequendi, ille directis & civilibus, hic utilibus & honorariis actionibus. VINN. Omnino recte rem explicaſſe videtur Tuldenus. Bonorum enim poſſeſſio pertinet ad ea, quæ in jure fiunt, *l.* 178. §. 2. *ff. de verb. ſign.* at ſucceſſio civilis in voluntate conſiſtit, nudoque animo, verbis, vel factis declarato, acquiritur citra interpellationem magiſtratus, *l.* 20. *ff. de acq. hær.* Ita & V. C. Pagenſtech in *Aphoriſm. Jul. lib.* 3. §. 41. NEIN.

Et alios complures gradus) Id eſt ordines: eſt enim hoc noſtris non infrequens, ut ordines ſucceſſionum ab inteſtato gradus quoque appellent, *l.* 1. §. 1. *unde liberi*, *l.* 5. *unde cogn. l. un. quis ord. in poſſ.* Unde etiam interpres Novellarum, quod in textu Græco, *Nov.* 118. *in pr.* legitur, πάσα ἡ τῶν γένους ἐξ ἀδιαθέτου διαδοχὴ τρισὶ κατέστησε τάξεσι reddidit, tribus cognoſcitur gradibus, id eſt, βαθμοῖς: ut nihil cauſæ videam, quamobrem hoc carpſerit Bern. Suthol. *diſſ.* 11. *n.* 42. Sunt autem inteſtati gradus ſeu ordines, præter enumeratos liberorum & legitimorum, nunc adhuc duo cognatorum, & unde vir & uxor, *d. l.* 1. §. 1. & *d. l. un.*

TEXTUS.

De ſpeciebus ordinariis. Jus vetus.

1. *Sunt autem bonorum poſſeſſiones, ex teſtamento quidem hæc prima, quæ præteritis liberis datur; vocaturque contra tabulas. Secunda, quam omnibus jure ſcriptis hæredibus Prætor pollicetur, ideoque vocatur ſecundum tabulas. Et cum de teſtatis prius locutus eſt, ad inteſtatos tranſitum fecit. Et primo loco ſuis hæredibus, & iis, qui ex edicto Prætoris inter ſuos hæredes connumerantur, dat bonorum poſſeſſionem, quæ vocatur unde liberi. Secundum legitimis hæredibus. Tertio decem perſonis, quas extraneo manumiſſori præferebat. Sunt autem decem perſonæ hæ: pater, mater avus, avia, tam paterni, quam materni: item filius, filia, nepos, neptis tam ex filio, quam ex filia; frater ſororve conſanguinei vel uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto tamquam ex familia. Sexto patrono patronaque, liberiſque eorum & parentibus. Septimo viro & uxori. Octavo cognatis manumiſſoris.*

NOTÆ.

1. *Primo, quæ præteritis liberis*) *l. unic. quis ord. in bon. poſſ.* Ulp. tit. 28. vid. *ſupr.* §. 3. *de exh. lib.* & *ff. de bon. poſſ. contr. tab.*

Decem perſonis) Ulp. *apud Latin. Rufin.* tit. 16.

Extraneo manumiſſori). Id eſt, imaginario emptori, cui pater filium non contracta fiducia mancipaverat. Cujac.

Cognati manumiſſoris) §. *pen. ſuprr. de ſucceſſ. libert.* Ulp. tit. 28. §. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quo ſenſu bonorum poſſeſſio contra tabulas dicatur eſſe ex teſtamento, cum per eam ſuccedatur ab inteſtato? Quod a paucis obſervatum.*
2 *Cur ea primo loco in edicto propoſita.*
3 *Extraneus manumiſſor quis dicatur?*
4 *Quid per familiam ſignificetur in ea, quam Prætor quinto loco propoſuit.*

(1) HAbemus hic catalogum veterum bonorum poſſeſſionum, earumque gradus, uti quæque edicto propoſita fuit. Similis eſt apud Ulpian. tit. 28. §. *inteſtati*, 6. Percurramus ſingula.

Ex teſtamento quidem hæc) Bonorum poſſeſſio, itidem ut jure civili hæreditas defertur aut teſtamento, aut ab inteſtato. Quæ teſtamento facto competit, ea duplex eſt, *contra tabulas*, & *ſecundum tabulas*; quorum

hæc

hæc etiam ex testamento est, ita ut per eam etiam succedatur ex testamento: illa ex testamento non est, ne quis erret: cum enim detur contra testamentum, & per eam testamentum oppugnetur atque evertatur, *l. 1. in pr. de legat. præst. l. ut liberis, 17. in pr. Cod. de col.* ex testamento esse dici non potest, neque per hanc bonorum possessionem ex testamento succedi; sed uti rescisso per inofficiosi querelam testamento res ad causam intestati redit, *l. 6. §. 1. l. cum qui, 21. §. 2. de inoff. test.* eodem modo, rescisso testamento per bonorum possessionem *contra tabulas*, liberi præteriti jure Prætorio ab intestato succedunt, uti diserte scriptum est in *d. l. liberis, 17. C. de collat.* Quamobrem quod hic Imperator etiam bonorum possessionem *contra tabulas* dicit esse ex testamento, certum est, id improprie atque abusive ab eo dici, nec alio sensu quam quod ea locum non habeat, nisi defunctus testamento facto decesserit: atque ob hanc solam causam *contra tabulas* bonorum possessio opponitur successioni intestati, meræ scilicet illi, seu cum nullæ tabulæ factæ sunt, *l. 1. in pr. & §. recte autem, 5. unde lib. l. 4. C. de collat.* non, inquam, ut successio ex testamento, sed ejus, qui facto testamento decessit. Quod idcirco monendum fuit, quia a paucis observatum.

Quæ præteritis liberis) Præteritis liberis datur bonorum possessio *contra tabulas* patris aut cæterorum parentum per partem conjunctorum, *ff. & C. de bon. possess. contr. tabul.* quæ species a nobis exposita est sub §. *eadem, 12. de hæred. quæ ab intest. & §. 3. supr. de exhær. liber.* Sunt & aliæ species bonorum possessionis *contra tabulas*, veluti ea, quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti §. 1. *supr. de success. libert.* item quæ datur patri adversus tabulas filii, quem emancipavit, *l. 1. si a parent. quis man.*

Secundum tabulas) Quod si hæres non scriptus testamento, sed nuncupatus sit, datur secundum nuncupationem, *leg. 2. Cod. de bonor. possess. sec. tabul.* Datur, si modo tabulæ rectæ factæ sint. Enimvero Prætor non omnes hic solemnitates juris civilis desiderat, sed hoc tantum requirit, ut septem testium signis tabulæ signatæ sint. Secundum nuncupationem quoque non aliter dat, quam si testator voluntatem suam rite declaraverit. Illa autem contra tabula, & in edicto & hic primo loco proposita est, quoniam, si eo testamento, de quo agitur, liberi defuncti præteriti sint, ad hos prius *contra tabulas* pertinet, nec ante ad scriptos hæredes pervenitur, quam liberi bonorum possessione *contra tabulas* excluſi sint, *leg. 2. in princ. sec. tabul.* Quod si scripti præmature secundum tabulas impetrarint, ea sine re futura est, si liberi postea suo jure utantur. De quo plura scripsimus sub *tit. de exhær. lib. ad calcem princ.*

Unde liberi) Patre intestato mortuo datur liberis bonorum possessio, quæ *unde liberi* dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, §. *emancipati 9. supr. de hæred. quæ ab intest.* sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita, *l. 1. §. liberos 7. unde lib.*

Secundo legitimis hæredibus) Quæ dicitur *unde Legitimi*: & generaliter omnibus defertur: quibus lex aut Senatus defert hæreditatem. Unde & mater, quæ ex Senatusconsulto Tertylliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt, *l. 2. §. ult. l. 3. unde leg.* vid. *supr. de leg. agn. succ. & 2. tit. seq.*

(3) *Tertio decem personis, quas extraneo manumissori*) Extraneus manumissor patri manumissori opponitur. Est autem extraneus manumissor emptor ille imaginarius seu pater fiduciarius, qui filium a patre naturaliter venditum sibi, ter ipse manumisit, nullo fiduciæ pacto interposito, ut post tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tamquam patrono jure civili legitima hæreditas deferebatur, excluso patre naturali cæterisque personis, quæ hic enumerantur: videtis quæ *supr. §. ultim. de leg. agn. success. & sub §. præterea §. quib. mod. jur. patr. potest solv.* quod Prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modest. *l. si ad patrem 10. de suis & legitim.* Ait *decem personis.* Totidem eademque personæ præferuntur fisco in iis, quæ a viro relicta sunt mulieri, si eum non eluxerit, *l. 1. Cod. de secund. nuptiis.* VINN. Parum accurate extraneus manumissor, vel emptor filii imaginarius appellatur *pater fiduciarius.* Si enim vel maxime fateamur, id vocabulum esse genuinum & antiquum; non prius tamen illud emptori dari potuit, quam interposita fiducia, id est contractu de filio tertium sibi emancipato patri naturali emancipando. Hic autem agitur de filii emptore, qui nullam contraxerat fiduciam, adeoque filium sibi mancipatum non patri remancipaverat, sed eum ipse manumiserat, & eo ipso sibi acquisiverat jura patronatus. HEIN.

Quinto tamquam ex familia) Ita legitur in vulgatis & apud Theoph. Cujac. reponit, *tum quem ex familia.* Alii aliter. Puto autem, familiam significari patroni, id est, hac bonorum possessione vocari patroni agnatos. Certe hos etiam ad successionem liberti admissos fuisse constat, *leg. 3. §. utique 9. de suis & legit. l. liberto 17. de bon. libert.* ut vero non sit simile, eos hic esse omissos. Nec me movet, quod hac explicatione admissa, invertitur ordo succedendi cum patronus familia sua sit potior. Nam Tribonianus, cui propositum fuit tollere bonorum liberti possessiones, necesse non habuit accurate ordinem observare; quod fortassis nec ipse Prætor fecit. Quod si hæc ad familiam liberti referri volumus, intelligendi erunt liberti quasi agnati. Ut verbi causa, si alter ex duobus fratribus manumissis filium genuerit, hic filius tamquam agnatus ad patrui sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est, ut hoc obtinuisse credam; cum utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sexto patrono patronequæ) Qui etiam in secundo ordine ex edicto *unde legitimi* venire possunt, *l. 2. §. 1. l. 3. unde legit.* VINN. Patronus hic vocatur, si forte tempore, vel repudiatione effectum esset, ut præcedentibus edicti partibus venire non posset. Ita & Theophil. *ad hoc tit.* Conf. V. C. Ant. Schulting, *ad* Ulpian. t. 28. §. 7. p. 673. HEIN.

Septimo viro & uxori) Hæc septima bonorum possessio, *unde vir & uxor* dicta, viro & uxori defertur, excluso fisco, qui alioqui bona vacantia occuparet, *l. un. ff. & C. unde vir & ux.*

Octavo cognati manumissoris) Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii, Prætorem etiam separatim de bonorum possessionibus libertorum edixisse, easque similiter ut ingenuorum proposuisse tribus distinctis ordinibus, quorum in primo promiserit patronis eorumque liberis & parentibus, in secundo quasi agnatis eorum, in tertio cognatis. VINN. Quæ conjectura Bachovii præsidium repetit in Basil. *Tom. 6. p. 595.* Vid. Schulting. *ibid.* HEIN.

TEX-

TEXTUS.

Jus novum.

2. *Sed eas quidem Prætoria introduxit jurisdictio: nobis tamen nihil injuriosum prætermissum est, sed nostris constitutionibus omnia corrigentes,* contra tabulas *quidem, & secundum tabulas bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato,* unde liberi, & unde legitimi, *bonorum possessiones. Quæ autem in Prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est,* unde decem personæ, *eam pio proposito & compendiosa sermone supervacuam ostendimus. Cum enim privata bonorum possessio decem personas proponebat extraneo manumissori; nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus, contracta fiducia, manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & jus supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum possessione in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus, quam Prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerit septimo loco bonorum possessio,* tamquam ex familia: & octavo, unde patroni patronæque liberi & parentes eorum, *utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia, sufficit eis tam* contra tabulas *bonorum possessio, quam* unde legitimi, & unde cognati, *ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto. Aliam vero bonorum possessionem,* quæ unde vir & uxor *appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto eam posuimus; decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat* unde cognati manumissoris, *propter causas enumeratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.*

NOTÆ.

2. *Nostra constitutio*) Extat in *l. ult. C. de emanc. lib.* vid. *supr.* 8. *quib. mod. jus pat. pot.*

Usque ad quintum gradum) Tam liberorum patroni, quam ex transverso conjunctorum, ut recte Cujac. & verba constitutionis ostendunt, *dict.* §. 3. *de success. libert.* a nobis relata. Errat igitur cum Mynsing. Pacius *in margine.*

COMMENTARIUS.

1. *En bonorum possessionibus retentis, primæ quatuor quando necessariæ, quando utiles tantum?*
2. *Hodie nullam harum trium,* unde liberi, unde legitimi, unde cognati *necessariam esse: & vix ullam earum utilem.*
3. *Septima & octava quare sublata? Ubi quædam illustrantur ex constitutione Græca.*
4. *Solam* unde vir & uxor *jure novissimo necessariam.*

HOc §. removet quasdam species ex his, quæ præcedenti §. recensitæ sunt, atque in earum locum quasdam transponit, quas servat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento facto competunt, quam quæ ab intestato, quas modo separatim & distincte consideravit. Unde fit, ut verbi causa, bonorum possessio *unde cognati*, quæ modo illi quarta fuit, hic sexta numeretur.

(1) *Utpote necessarias*) Ait, se quatuor primas bonorum possessiones, nempe *contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, & unde legitimi*, retinuisse: utpote quarum usus sit necessarius, aut certe, quod intelligendum est, utilis. Equidem bonorum possessio *contra tabulas* liberis emancipatis omnino necessaria erat; quippe qui jure civili pro extraneis habiti, adeoque adhuc hodie est, ut defendimus *supr. ad priac. & §. 2. de inoffic. testamen.* suis vero hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc est necessaria. *Secundum tabulas* necessaria olim posthumo alieno hæredi instituto, nunc non est, *supr. eodem in princ.* Cæteris hæredibus testamento facto scriptis nec olim, nec nunc necessaria, sed utilis dumtaxat: necessaria tamen, si quid solemnitatis jure civili requisitæ desit. Cæterum tunc sæpe sine re aut effectu est, proximis ab intestato hæreditatem evincentibus. Ulpian. *tit.* 28. §. *ultim. V. unde liberi* non necessaria suis hæredibus: quippe ipso jure hæredes existunt: necessaria emancipatis, at hodie ne illis quidem. Nam cum novissima Justiniani lege idem jus in successione ab intestato emancipatis tributum sit, quod sui habent, *Nov.* 118. certe Prætoris auxilio non amplius indigeat, quamvis nihil minus ad acquirendam hæreditatem necessaria illis sit aditio. Sed neque bonorum possessio *unde legitimi* necessaria. Quippe cum agnati ex lege duodecim tabularum, cæteræ legitimæ personæ ex Senatusconsultis, aut constitutionibus, quibus jus agnationis iis datum est, succedere possint, *leg.* 3. *unde legitim.* A Prætore cuiquam jura legitimæ successionis data non legimus. Hodie hæc species una fere est cum *unde cognati.*

Unde decem personæ) Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullumque ejus usum relinqui, ex quo extranei manumissores, quibus ea decem memoratas personas præponebat, esse desierunt. Desierunt autem, postquam Justinianus emancipationem fieri voluit sola professione patris, aut competentem magistratum denunciantis, se filium de manu sua ac potestate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumissionum ritu sublato, *leg. ultim. Codice de emancipat. liber.* Nam ex eo tempore non alius, quam pater naturalis filii emancipati manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione *unde decem personæ*, locum ejus occupare jussit bonorum possessionem *unde cognati*, quæ olim necessaria, hodie non est post juris agnatorum & cognatorum confusionem, *Nov.* 118. Itaque tres illæ bonorum possessiones, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati*, nullam necessitatem, immo vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus, familiæ, agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes fere consentiunt. Christin. *vol.* 4. *dec.* 1.

Tamquam ex familia, & unde patroni) Ait, se hasce duas bonorum possessiones, *tamquam ex familia, & unde patroni, liberique & parentes eorum*, sustulisse constitutione sua de jure patronatus. Hæc est eadem illa Græca constitutio, cujus superius quoque aliquoties

ties meminit, & qua totam se causam successionis libertorum plene definivisse testatur, §. 3. *de succ. libert.* Non extat constitutio, sed epitome ejus nobis ex Basilicis repræsentat Cujac. *lib.* 20. *observt* 4.

Ad similitudinem successionis ingenuorum) Hujus loci non hæc sententia est, Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum liberti (agnatos, ut sæpius jam dictum est, liberti nullos habent) eadem jura constituisse, quæ in successione ingenuorum: sed hæc voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos succedere liberto, qua succeditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox subjiciuntur, liquet. Ita quoque supra *d.* §. 1. *in fin. de succ. libert.* ait, se bene concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus feciisse; cum tamen ibi tantum definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant liberis.

Usque ad quintum gradum) Tam liberorum patroni, quam agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit ipsa constitutio: in qua hæc legimus, ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ ὁ ἐκ πλαφίου συγχωρῶν τῷ πάτρωνος, καὶ εἰ κατόπτρῳ αὐτοῦ κληρονομεῖσθαι τὴν ἀτιμίαν. Falluntur igitur Mynsing. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos, qui ex transverso patrono juncti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successionibus, ut licet illæ laxius deferantur, hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consisterent, *d.* §. 3. *de succes. liberr.* in cujus §. sine ob hanc causam particula (*pene*) addita est.

Sufficit eis contra tabulas) Si libertus liberos non habens testamento suo patronum præteriisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset, dabatur edicto Prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio, §. 1. *d. tit. de succ. libert.* Justinianus pro dimidia tertiæ tantum partis dari voluit, *d.* §. 3. Ad hanc tertiæ partis bonorum successionem admittuntur soli patroni, eorumque liberi, non etiam qui ex latere veniunt? Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem constitutione expressum est: sic enim definit, ut in proposito tertiæ partis bonorum possessionem petere possint, ὁ πάτρων καὶ πατρώνισσα καὶ παῖδες αὐτῶν, ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατόπτρου τοῦ πατρώνου καὶ μόνοι· οἱ παραπέρω δὲ οὐ τοῦ κατόπτρου, οὐκ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσι τὸν ἐπιτήδειον τῆς γραφῆς, &c.

Unde legitimi, & unde cognati) Itaque, libero intestato sine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex istis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Unde vir & uxor) Hanc servatam Justinianus proximo loco ab illa *unde cognati* collocavit, agmenque ordinariarum claudere jussit. Est inter eas, quæ ab intestato promittuntur, sola etiam nunc necessaria. Illa alia successionis species est, per quam conjux inops ad patrem vocatur, *auth. præterea Cod. unde vir & uxor.*

Unde cognati manumissoris) Quippe quibus sufficit generalis *unde cognati*, ut modo dictum est. Igitur sustulit Justinianus tres illas bonorum possessiones quæ patrono ejusque liberis, & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis dabatur.

Sex bonorum possessiones ordinariæ) Duæ facto testamento, *contra tabulas* & *secundum tabulas*, quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, & *unde vir & uxor*. Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l.* 1. *quis ord. in poss.* §. *cum igitur* 4. *infr. hoc tit.* quæ sequuntur, sunt extraordinariæ.

TEXTUS.

Species extraordinaria.

3. *Septima eas secuta, quam optima ratione Prætores introduxerunt. Novissime etiam promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, qui ex testamento sunt, Prætor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusve principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.*

NOTÆ.

3. *Lege vel ex Senatusconsulto*) *l. unic. ff. ut ex legib. Senatusconsulti, vel constit. bonor. possess.* Distinguitur etiam bonorum possessio in edictalem & decretalem, *leg.* 1. §. 7. *de success. edict. leg.* 1. §. 4. *unde lib. l.* 30. §. 1. *de acquir. hæred.* illa ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione postulanti datur, ac proinde de plano peti potest, quales natura sua omnes ordinariæ: hæc non ex solo edicto, sed interveniente decreto, &c. decernuntur, *l.* 2. §. 1. *qui ordo in bon. poss. l.* 3. §. *pen. h. tit.* quales Carbonianæ aliæque extraordinariæ, *l.* 1. *l.* 14. §. *ult. cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Extraordinariarum bonorum possessionum quasdam esse definitas, quasdam indefinitas: atque utriusque speciei exempla.*

2 *Bonorum possessionem, quæ edictalis dicitur, & eam quæ decretalis, esse species revera oppositas, contra comm.*

PRæter sex illas bonorum possessiones ordinarias, quas sic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certisque personis, tum testamento facto, tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hæreditas, sunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibusdam accommodantur. Harum autem quædam definitæ sunt, hoc est, semel certis casibus ac personis propositæ, his ipsis, causa cognita, decernuntur; cujusmodi est ea, quæ ventri datur, tit. *de ventre in poss. mit.* Item Carboniana, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius esse negatur, dilato status judicio in tempus pubertatis, *l.* 1. *& pass. de C. edict.* hæc expresse ordinariæ opponuntur in *l.* 3. §. *pen. & ult. d. tit. l.* 5. §. *si quis* 3. *de legat. præst.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex causis, prout res & æquitas exigit, a Prætore decernuntur. Huc pertinent species propositæ in *leg. ventre* 84. *de acq. hæred. leg.* §. *ult. cum l. seq. l. si duobus* 14. §. *ultim. cont. tab.*

l. si

l. si insanti, 18. *Cod. de jur. delib. l.* 2. §. *si quis* 14. *ad SC. Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam possessionem præparatoriam querelæ inofficiosi testamenti, quæ litis ordinandæ causa conceditur, *leg. 6. in fin. & l. 7. de inoff. test.* Pertinet & huc ea bonorum possessio, quæ lege ut detur, Senatusve consulto, aut constitutione cautum est, *l. un. ut ex legibus, &c. l.* 3. *unde legib.* Exempla ex lege Papia, lege Cornelia, Senatusconsulto Aproniano, profert Scipio Gentil. 1. *de jurisd.* 26. *argum.* §. 2. *sup. de succ. libert. leg. omnibus* 26. *ad SC. Treb. l.* 4. *C. de postlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex constitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum possessio defertur cognatis militis usque ad quintum gradum, *leg.* 2. *de veter. success. l.* 6. §. *sed & 6. de injust. rupt. test.* Hotomannus item aliud ex ejusdem Imperatoris constitutione, qua in specie *l. posthumus* 12. *d. tit.* scriptis hæredibus defertur bonorum possessio secundum tabulas, ut rem obtineant: quæ alioqui sine re futura erat. Permiscentur autem hæ bonorum possessiones omnes per superiores ordines, verbi causa, Carboniana datur impuberi, cui controversia sit, an sit ex liberis, si præteritus est, contra tabulas; si institutus, secundum tabulas: ab intestato, unde liberi, *leg.* 1. *& leg.* 2. *de Carbon. edict.* In libris nostris bonorum possessio sic etiam distinguitur, ut quædam dicatur edictalis, quædam decretalis, *leg.* 1. §. *decretalis 7. de success. edict. leg.* §. *sed & 4. unde lib. leg. cum quidam* 30. §. 1. *de acquir. hæred.* Doctores vulgo existimant, non esse hæc nomina diversarum specierum, sed attributa tantum; quibus una eademque specie bonorum possessio distinguatur; & edictalem dici, quatenus ex edicto Prætoris mortui, ut loquuntur, competit; decretalem, quatenus a vivo Prætore conceditur, seu eamdem bonorum possessionem, quæ edictalis vocatur, quatenus consideratur, ut edicto proposita & promissa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita post Accurs. Cyn. Bart. aliosque veteres Interpretes, Sichard. *ad rub. Cod. qui admon. ap bon. possess. num.* 10. & *seqq.* Schneid *in* §. *seqq. num.* 7. Mynsi. *hic ad rub. num.* 10. Menoch. *rem.* 1. *hdipis. possess. num.* 10. & *seqq.* Grass. §. *bon. possessio, quæst.* 3. Tulden. *comm. in hunc tit. cap.* 3. (2) Sed videamus, an non, quod magis arbitror, sint revera hæ distinctæ & oppositæ species, & falsa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictali decretali opponitur, ut ordinaria extraordinariæ, *leg.* 3. §. *hæc autem* 14. *& seq. de Carbon. edict. leg.* 5. §. 4. *de leg. præst.* Deinde quod Jurisconsultus scribit, concessione Carbonianæ possessionis non impediri edictalem, *d. l.* 1. §. 4. *unde lib.* & quod huic simile in *dict. Leg.* 3. §. *pen. de Carbon. edict.* eum, qui se filium dicit, non solum Carbonianam possessionem accipere debere, verum etiam ordinariam. Tertio quod decretalis expresse opponitur ei, quæ de plano agnoscitur, *l.* 2. §. 1. *quis ordo in bon. possess.* Quarto quod in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles, id est, quibus qualiscumque magistratus copia fuit, in decretali tantum dies sessionum, ut utiles, computentur, *d. l.* 2. §. 1. Quinto, quod decretalis cum effectu proprie non intelligitur delata, antequam decreta est: cui consequens est, quod nec repudiari possit, *d. l.* §. *decretalis 7. de success. edict.* at in edictali tempora delationis & acquisitionis dicta sunt, uti in hæreditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari potest, *d. l.* 1. §. 1. *& §. qui semel 6. in plurium* 70. *de acquir. hæred.* Hæc omnia, si quid video, clare ostendunt, DD. in explicatione hujus rei errasse, & memoratas bonorum possessiones vere esse diversas species, & quæ futura differant. Nimirum edictalem dici & esse, quæ postulanti datur ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti potest; quales natura sua sunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex solo edicto, sed interveniente decreto magistratus datur; seu quæ causa cognita petenti adjudicatur; ac proinde sedente pro tribunali magistratu peti & decerni debet, *d. leg.* 2. §. 1. *quis ord. in bon. possess. l.* 3. §. *penult. hoc tit.* quales natura sua Carboniana, aliæque extraordinariæ, *l. ventre* 84. *de acq. hær. l. si duobus* 14. §. *ult. comm. tib.* Ajo, natura sua: nam ex accidenti fieri potest, ut interdum de plano peti & concedi possit, quæ natura sua decretum requirit: atque in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione, *argum. l.* 1. §. *si ea* 14. *leg.* 7. §. 1. *de ventr. in possess. mitt. leg.* 1. *princ. leg.* 3. §. 4. *de Carbon. edict. leg.* 3. *penult. hoc tit.* Atque ita sermo etiam doctissimi recentiorum Interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotomann. Donell. VVelemb. Bachov. VINN. Accedit & altera differentia ratione effectus. Edictalis enim est perpetua: decretalis ad certum tempus datur. Vid. D. Pagnestech. *Admon. ad Dig. Part.* 6. §. 5. Unde divisio bonorum possessionis in *perpetuum* & *temporalem*, quam reliquis addunt Doctores, cum hac eadem videtur. HEIN.

TEXTUS.

De successorio Edicto.

3. *Cum igitur plures species successionum Prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, & in unaquaque specie successionis sepæ plures extent dispari gradu personæ; ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent; ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.*

COMMENTARIUS.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus, edictum Prætor subjecit, quod successorium ex postrema parte appellatur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore, quod principale est, Prætor denunciat, se inter eos, quibus bonorum possessio defertur, successionem permissurum, *leg.* 1. §. *quibus* 10. *de success. edict.* Successio hæc duplex est, una *ordinum*, altera *graduum*. *Ordinum* dicitur, cum ordo personarum universus, quarum in petenda bonorum possessione prima causa est, illam omisit: veluti liberis omnibus omittentibus, res ad agnatos redit, & his rursus eam repudiantibus, ad cognatos: postremo ad virum & uxorem. Hi enim nunc sunt ordines intestati, §. 2. *sup. eod. l.* 1. §. *unde lib.* 1. *leg.* 1. *quis ordo in bonor. possessor.* quibus locis verba Jurisconsultorum a Triboniano circumcisa sunt. Vulgo hæc successio de ordine in ordinem appellatur. Potest & de capite in caput nominari, *l.* 5. *C. qui admit. ad bon. poss. Graduum* successio dicitur, cum iis, qui in ordine aliquo sunt gradu proximo, omittentibus remotioris gradus in eodem ordine personæ admittuntur. Quæ successio est de gradu in gradum, atque in solo ordine cogna-

cognatorum, non etiam liberorum aut agnatorum, locum habet. Nam in liberorum ordine nulla est gradus prærogativa; agnatos vero remotiores, proximis repudiantibus, non quasi agnatos, sed quasi cognatos, Prætor admittit, §. *placebat* 7. *sup. de leg. succes. agn.* Sed enim cum eo loco Justinianus etiam in hæreditatibus graduum successionem inter agnatos admiserit, Prætoris est, etiam in bonorum possessione eam inter illos admittere; argum. *leg.* 3. *unde leg.* quamquam nunc hæc disputatio supervacua est, sublata prærogativa ordinis agnatorum, *Nov.* 118. Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum possessioni præfinitur, *d. leg.* 1. *in princ.*

In unaquaque specie successionis) Id est, ordine: ut in tribus illis, intestati, liberorum, agnatorum, cognatorum. Nam quarti, viri scilic. & uxoris, nulli sunt gradus.

Plures dispari gradu) Gradus bifariam usurpatur, interdum pro ordine successionis ab intestato, *l.* 1. *quis ordo in bonor. possess. l.* 5. *unde cogn.* frequentissime vero, ut & hoc loco pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differrentur) Edictum successorium præcipue quidem cognatorum inferiorum causa comparatum est, sed tamen ex parte id etiam creditoribus consulit, atque ipsi quoque defuncto: triplicique omnino de causa Prætor rem esse putavit, præstituere certum & breve tempus ad bonorum possessionem petendam. Prima est, ut sciri possit, quando finito jure primorum graduum, sequentes eam petere possent, nullove petente, insequens ordo aut fiscus admitteretur. Altera, ne si bona hæreditaria diu jacerent, creditoribus longior mora afferretur, quorum interest mature scire, utrum habeant quem conveniant, an bona fisco sint delata. Tertia, ne creditores, si nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad possessionem & distractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominiosum, *d. l.* 1. *in princ. & §.* 1. *succ. edict.* VINN. Add. Cic. pro *P. Quint. c.* 15. & supra §. 1. *Inst. quib. ex caus. man. non lic.* HEIN.

Liberis & parentibus anni spatium) Largius tempus liberis & parentibus tributum est in honorem sanguinis, *l.* 1. §. *largius* 12. *de succ. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum possessionem vocantur: cæterum admittuntur vel ex capite *unde legitimi*, ut parens manumissor, cui etiam contra tabulas datur, *d. l.* 1. §. *pen.* & mater, quæ ex Tertylliano venit, *l.* 2. §. *ult. unde leg.* vel ex capite *unde cognati*. Atque ex his omnibus causis intra annum bonorum possessionem petere possunt, *d. l.* 1. §. *ult.*

TEXTUS.

De jure accrescendi: & iterum de successorio Edicto.

5. *Et, si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel si nullus sit, deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur: sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.*

COMMENTARIUS.

NON tantum in successione ex testamento locus est juri accrescendi, verum etiam in successione ab intestato, tum legitima, §. *ult. sup. de SC. Orfic.* tum honoraria. Ut docet hic locus, & *l.* 3. §. *ult.* cum 2. *ll. seqq. h. t. l. un. Cod. quand. non pet. part.* vid. Duar. 1. *de jure accresc.* 20. & 2. *c.* 18.

Non petierit) Si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, cæteri non admiserunt, vel quod præverint jus suum, aut tempore bonorum possessionis finito excluso sunt, aut ante mortui, quam bonorum possessionem petierint, ei, qui admisit, accrescunt portiones, quæ cæteris competerent, si petiissent, *d. l.* 3. §. *ult.* & 2. *seqq.* Et accrescunt igitur portiones deficientium sine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones hæredum deficientium sine nova aditione accrescunt iis, qui pro sua parte hæredes exiterunt.

Deinceps cæteris) Qui vel in eodem ordine inferiori gradu sunt, aut his omnibus deficientibus, qui proximi sunt gradu in ordine sequenti. Nam edicto successorio non est locus, nisi inter personas diversi ordinis aut gradus. Illud notandum, successionem ordinum Prætorem admisisse etiam una eademque persona, veluti causa; ut filius omissa bonorum possessione *unde liberi*, petere adhuc possit *unde legitimi* aut *unde cognati*, *d. l.* 1. §. *sed videndum* 11. *de succ. edict. l.* 2. *unde leg.*

Sed statim cæteri) Ut primum quis delatam sibi bonorum possessionem repudiavit, continuo cæteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præfinito, *d. leg.* 1. §. *quibus* 10. *de succ. edict.* Ex quo intelligimus, tum eum qui semel noluit bonorum possessionem petere, jus ejus petendæ amisisse, etiamsi tempora largiantur; tum, quod huc præcipue pertinet, repudiantibus primis, statim insequentibus tempus currere; quippe ad quos, illis repudiantibus, bonorum possessio statim pertinere incipit, *d. l.* 1. §. 6.

TEXTUS.

Explicatio dicti temporis.

6. *In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui dies continui, qui utiles, qui sessionum? Et quando de plano Prætor jus reddere dicatur?*

DIes in jure nostro alii sunt *continui*, aut *utiles*. *Continui*, qui sine interruptione nullisque exceptis currunt: *utiles* illi dumtaxat, quibus experiundi sui juris potestas est, *l.* 1. *de div. & temp. præscript. leg.* 11. §. *quidam* 5. *ad leg. Jul. de adult.* & proinde his neque ignoranti, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio eum dies utiles solum considerentur, neque illud tempus numerabitur, quo quis nescivit bonorum possessionem sibi delatam esse, neque illud, quo a Prætore eam postulare non potuit, *leg.* 2. *princ. quis ord. in bon. possess.* Non enim semper Prætoris copia est, *l. sed & si* 26. *princ.* & §. 4. *ex quib. caus. major.* Duplicitur vero Prætor copiam sui facit; interdum pro tri-

tribunali, interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit, *leg. pen. leg. de just. & jur.* Quibus diebus pro tribunali sedens postulationibus & cognitionibus occupatur, ii dies *sessionum* appellantur, *d. leg. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss.* Cum alio loco civibus se præbet, *de plano* jus reddere dicitur, *leg. nec quicquam 9. §. 3. de offic. procons. leg. 6. de accus.* suntque hæc nostris adverta, pro tribunali cognoscere, & de plano, *leg. 1. §. abolitio 8. ad Turpil. l. unius 18. in fin. de quæst.* Quæcumque causæ cognitionem decretumve magistratus desiderant, pro tribunali, non de plano cognoscendæ & expediendæ sunt, *dict. leg. 9. §. 1. de offic. procons. leg. omnia 71. leg. ubicumque 105. de reg. jur.* Cum ergo, ut antea ostendimus, quædam bonorum possessiones sint, decretum magistratus exposcunt, ob quam causam etiam decretales dictæ; quædam, quæ decretum causæve cognitionem non requirant, edictales appellatæ; & consequenter illæ tantum pro tribunali peti & dari, hæ vero etiam de plano possint: hinc fit, ut in his omnes dies, quibus quovis modo Prætoris copia fuit, utiles numerentur, in illis sessionum dumtaxat, *dict. leg. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss.* VINN. Non ergo confundendo loquutiones: *de plano cognoscere* (unde *plenaria interpellatio* in *leg. 4. C. de dilat. edit. Haloandr.* & *summatim cognoscere*. Bonorum enim possessio ex edicto Carboniano non dabatur de plano, sed pro tribunali: & tamen cognitio erat summaria, *l. 3. §. 8. ff. de bon. poss. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possess. serv.* Rem omnem accuratius exposuit Vir celeberrimus Ger. Noodt. *de Jurisprud. lib. 1. c. 10. t. 135.* HEIN.

TEXTUS.

Quomodo peti debet?

7. Sed bene anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet: sed quocumque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.

NOTÆ.

7. Quocumque modo, &c. indicium) Sufficit qualecumque indicium admittendæ bon. possessionis, τὸ δηλωτικὸν ὁμοιως, qualiscumque significatio, aut ut est in *d. l. ult. testatio amplectendæ hæreditatis*. Magistratum tamen adire oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

VEtus petitio bonorum possessionis solemnis fuit, ut significat *l. 1. Cod. comm. de succ.* Solemnitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit, quibus & peteretur, & petenti daretur. Dum etiam hic ritus erat, quod non apud quemvis magistratum peti poterat, nec cujusvis magistratus erat dare, sed solum Prætoris in urbe & Præsidum in provinciis, *l. 2. §. 1. & seqq. quis ord. in bon. poss.* Utrumque hoc sustulit Constantius, exclusisque verborum inanium, ut ipse eas appellat, captionibus, constituit, ut satis sit, eum, cui bonorum possessio delata est, quemvis judicem, & vel magistratum municipalem adire, atque apud hunc, qualicumque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti, *leg. ult. Cod. qui adm. ad bonor. poss.* Cæterum hoc ad extraordinarias bonorum possessiones, quæ non nisi causa cognita decernuntur, non pertinet; sed hæ etiam nunc Prætorem & tribunal desiderant.

Sed quocumque modo admittentis, &c.) Magistratum tamen aliquem adiré oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur: alioqui si nuda & simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta sufficeret, aquitio bonorum possessionis nulla in re differret ab aditione hæreditatis: & Constantius tantum necessitatem petitionis solemnis & necessitatem Prætoris aut Præsidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit, *d. leg. ult. Cod. qui adm. ad bon. poss.* In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantum aditione sive agnitione hæreditatis civili. De Germania idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnon *lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin.* Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni *unde vir & uxor*; apud nos tamen nunquam usurpata fuit. Quin contra non semel accidit, ut fiscus, nemine ex consanguineis sese offerente, bona cum superstite conjuge diviserit, *dec. Supremi apud nos Senatus 7.* Grot. 2. *introd. 30.* add. Christ. *vol. 6. decis. 62. n. 7.* Gudel. *lib. 2. de jur. noviss. c. 16.* Zyp. *net. jur. Belg. tit. unde liberi.* Groenev. *tit. Cod. unde vir & uxor.* VINN. Non tamen dubium, quin usus adhuc tantum non ubique sit in bon. possessionum temporalium & extraordinariarum. Exempla passim habent scriptores pragmatici. Vid. Hopp. *ad Instit. h. t. §. 2.* Stryk. *us. hodiern. Digest. hoc tit.* HEIN.

TITULUS UNDECIMUS.

DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Continuatio, & origo.

SEquitur nunc species acquisitionis per universitatem, quæ inter hæc genera tertio loco collocata est, *§. ult. sup. per quas pers.* nimirum acquisitio per adrogationem; inter superiores autem illas & hanc hæc est differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis universa bona acquirimus. Estque hæc acquisitio necessarium consequens juris patriæ potestatis.

TEXTUS.

Est & alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege duodecim Tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

COMMENTARIUS.

CUM jus hujus acquisitionis dependeat a jure antiquo patriæ potestatis, quæ potestas lege Romuli primum introducta, a decemviris postea repetita est, ut ostendimus *sup. tit. de patr. potest.* ex lege potius seu legis sententia hanc acquisitionem descendere, quam moribus, aut consuetudine receptam esse, dicendum vi-

videtur, *arg. l. 6. §. 1. de verb. sign. & sup. tit. de l. patron. cut.* cum satis constet, eos qui adrogantur, tam jure, legeque filios f. fieri, quam si ex patre matreque ejus familias nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas moribus recepta, *l. 8. de his qui sui vel al. jur.* sed duntaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, sed ad jus adoptandi seu adrogandi; quod exterum cum esset, populus Rom. receperit; sibique adsciverit ex legibus thericis Græcorum. Sane nusquam proditum est, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium sibi adoptare. Quin singulæ adrogationes stante repub. per populi rogationem fiebant comitiis curiatis; quod diligentius expositum *tit. de adopt.*

TEXTUS.

Quæ hoc modo acquiruntur? Jus vetus.

1. *Ecce enim cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis dominutionem pereunt; quales sunt operarum obligationes, & jus adgnationis. Usus etenim & ususfructus licet his antea connumerabatur, attamen capitis deminutione minima tolli prohibuit nostra constitutio.*

NOTÆ.

1. *Quales operarum*) Officialium scil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ a quocumque cuicumque recte solvuntur, *leg. 9. §. 1. de opt. lib.* Locus difficilis, quem Theoph. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memoriæ: videsis Cujac.

Nostra constitutio) *l. pen. C. de usuf.* vid. *sup. §. pen. dict. titul.*

COMMENTARIUS.

1. Per adrogationem etiam possessionem acquiri adrogatori? & quare?

2. Operarum obligationes quæ hic intelligantur?

OMnes res ejus) Qui se adrogandum dat, cum capite fortunas quoque suas, id est, omnia quæ habet, transferre ad patrem adoptivum, *l. pen. §. 2. sec. tab. leg. 15. de adopt.* adeo ut actiones etiam & nomina transeant sine ulla cessione, *hoc text.* quippe cessio, quæ alias ad actiones transferendas necessaria est, hic non est: quoniam hæc acquisitio universalis est, & quantum ad commoda attinet, successioni per omnia similis. Quin etiam non proprietas tantum, verum & possessio adrogatori acquiritur, *l. 16. de precar.* Neque absurdum est, licet id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori quam hæredi, ad quem etsi adita hæreditate jura omnia tranſeunt, possessio tamen non pertinet, nisi eam naturaliter apprehenderit, *leg. cum hæred. 23. de acquir. possess.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta patris nomine possidere incipit, eumque statim possessorem ministerio suo facit, *arg. l. quod meo 18. fin. tit.* Non idem dici potest possessore mortuo, ac proinde nec de hærede: quod etiam Glossa intellexit, & Bart. *in d. l. 16.* ubi etiam hoc a simili colligit, si aliquis monasterium intraverit, ipso ingressu sine nova apprehensione monasterium acquirere rerum omnium possessionem: de quo amplius DD. *in auth. si qua mulier Cod. de sacrosanct. Eccles.* Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirebantur pleno jure: Justinianus vero eamdem moderationem hic servavit, quam adhibuit in acquisitione per liberos naturales, *§. 2. infr.* VINN. Et ex eo, quod & possessio adrogati sine nova apprehensione acquiritur, interpretanda videtur, *l. 15. princ. ff. de adopt. & emancip.* ubi *omnia, quæ filii fuerunt, & adquiri possunt,* TACITO JURE *ad eum, qui adoptavit, transire dicuntur.* HEIN.

Quales sunt operarum obligationes) Operarum scilicet officialium: quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, operarum duas esse species, officiales, & artificiales. Officiales sunt, quas libertus patrono officii causa præstat: artificiales, quæ in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, medicandi. Illæ non ab aliquo, quam a liberto, nec alii, quam patrono, deberi possunt, artificiales a quocumque cuicumque recte solvuntur, *l. 9. §. 1. de oper. lib.* Hinc est, quod artificiales etiam in hæredes transeunt, officiales non item, *l. 6. l. 7. §. penult. eod.* quodque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri necesse est, quandoquidem in persona adrogati durare non est, nisi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non est, cui soli hæ operæ deberi possent, ut dictum est. Plane jus obsequii non videtur capitis deminutione perimi *arg. l. 10. §. 3. de in jus voc.*

Jus adgnationis) Quæ jura agnationis tributa sunt, capitis deminutione pereunt, & ideo ad adrogatorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum, *l. 7. de cap. minut. §. 2. sup. de SC. Orfic.* quamquam hoc ad eas tantum hæreditates pertinet, quæ lege duodecim Tabularum, non etiam ad eas, quæ novis legibus aut Senatusconsultis deferuntur, *d. l. 7. & d. §. 2.* de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione ejus perimitur, *l. si libertus 23. l. patroni 39. de bon. libert.*

Usus & ususfructus) Olim usus & ususfructus etiam minima capitis minutione extinguebatur, *l. 1. quib. mod. us. am.* Paul. 3. *sentent. 6.* eadem fere ratione, qua operarum officialium obligatio: sed hoc sustulit Justinianus *l. pen. Cod. de usufr.* vid. *sup. §. pen. de usufr.*

TEXTUS.

Jus novum.

1. *Nunc autem nos eamdem acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo ususfructus tam naturalibus parentibus quam adoptivis per filiosfamilias acquiritur, in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertransit nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt, antecedant.*

COM-

COMMENTARIUS.

AD similitudinem naturalium parentum) Et recte. Nam cum naturalibus parentibus eorum, quæ extrinsecus obveniunt, usumfructum tantum acquiri voluerit, proprietate filiis concessa, *l. 6. Cod. de bon. quæ lib.* §. 1. *sup. per quas pers.* ratio non patitur, ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

Etiam dominium rerum) Et si jam primorum Principum constitutionibus jus acquirendi per filiosfamil. nonnihil imminutum fuit; tamen in adventitiis æque ac profectitiis bonis diu jus verus patri servatum, atque hactenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi, ut tametsi vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis hæredem sibi testamento instituere, tamen eo intestato mortuo, pater tam res castrenses, quam reliquas, jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum hæredem filius ab intestato haberet, *l. 2. d. castr. pec.* Tandem secuta est major mutatio & primo quorumdam adventitiorum duntaxat, postremo eorumdem omnium usumfructum tantum patri acquisitis, dominia tributa filio earum rerum proprietate: datique ei sunt & in castrensibus & in peculii adventitii proprietate hæredes ab intestato; primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes, *l. 3. l. 4. d. l. 6. Cod. de bon. quæ lib. l. ult. Cod. comm. de succes.* Igitur quod hic ait Justinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori acquiri, non sic accipi oportet, acquiri ei jure peculii: alioqui nemo ei anteponeretur; sed acquiri jure hereditatis ei delatæ post liberos & fratres defuncti. Hæ enim sunt illæ personæ, quæ hic patrem dicuntur antecedere ex constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. Cod. comm. de succ.* Fusius hæc explicata sunt *lib. 2. quib. non est perm. fac test. Novella* 118. ordo successionis mutatus.

TEXTUS 3.

Effectus hujus acquisitionis.

3. Sed ex diverso pro eo, quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes nostros magistratus bona, quæ ejus cum usuf. futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.

COMMENTARIUS.

1. *Actiones, quæ in adrogatum competebant, directo in adrogatorem non dari; neque actionem de peculio ex ante gesto.*
2. *An adversus adrogatum directæ actiones salvæ maneant?*

IN hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & heredis, quod in hæredem etiam illæ actiones, quæ adversus defunctum competebant, directo dentur, in adrogatorem non dentur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim ut hæres personam defuncti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit jus patriæ potestatis, cujus juris hæc vis est, ut omnia patri per filium quærantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare possit, præterquam de peculio: sed hoc specialem rationem habet, videlicet quia pater, concedendo peculium, hoc ipso etiam jus contrahendi hactenus ei permittere videtur, *per leg. 1. §. 5. de acquir. poss.* (1) Atque hoc ipsum argumentum est, adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit: quomodo accipienda *l. in adrogatorem 42. de pecul.* ut scilicet sententia Sabini & Cassii, qui ex ante gesto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probatur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quod ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat, bona possideri jubentur, *cap. 7.* §. *si quis* 13. *quib. ex caus. in poss. eat.* Ad hæc tempore contractus adrogatus erat adhuc sui juris, ut nec peculium habere potuerit.

Ipso jure adrogato non tenetur) Hæc verba *ipso jure* Cujac. & Pacius sic interpretantur, ipso jure Prætorio; ergo mera & stricta ratione juris, ὀυ κατ' ἐξέτασιν, ut in §. *actiones* 10. *inf. de act.* Hoc enim significat, neminem personali actione teneri, nisi qui contraxit, aut hæredem ejus, adrogatorem autem non contraxisse, neque personam suscepisse adrogati, hæredis instar.

Sed nomine filii) Ex æquo & bono: neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et est æquissimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat, aut si nolit defendere, patiatur creditorem mitti in bona, quæ filii antè adrogationem pleno jure fuerunt. Illud quæsitum est, an actiones ipso jure adrogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis restituantur, an salvæ maneant, directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur? Prius Bachovio placet hac ratione, quoniam omnia bona adrogati ipso jure acquiruntur adrogatori, saltem ex ratione juris veteris; vel potius quia capitis deminutione etiam minimæ, quam adrogato contingere constat, subtilitate juris actiones pereunt, *leg. 2. de cap. min.* Prior ratio nullius momenti est: nam cum in persona filiifam. etiamsi bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio consistere potuit, *leg. 39. de obl. & act.* satis liquet, ob hoc solum obligationem in persona adrogati non tolli, quod bona habere desinit. Ac ne illud quidem video, qua ratione dici possit, actiones perire capitis deminutione adrogati: neque enim sola familiæ mutatio actionem perimere potest, nisi quid aliud intercedat, ut in emancipatione, per quam filius delicebatur in imaginariam servilem causam, *leg. 3. §. 1. de cap. min.* In adrogatione vero nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæstione propositas actiones non ipso jure sublatas atque ex edicto restitutas fuisse, sed mansisse salvas & utiles, ex ante gesto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus responderet, aut hoc eo non faciente pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit, & transtulit: similiter ut in specie *leg. 7.* §. *penult. dict. tit.* neque aliud hic locus significat.

Cum usufructu fuissent) Hoc ideo ait, quia tunc solus ususfructus patrenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente, §. *præced.* Ait, legitimo modo disponere, de quo adi *tit. ff. quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. auct. jud. poss. item de curat. bon. dand.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE EO CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Continuatio, & summa.

TEXTUS.

Accessit novus casus successionis ex constitutione Divi Marci. Nam si iis, qui libertatem ceperunt a Domino in testamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa audiuntur.

COMMENTARIUS.

QUartus acquirendi per universitatem modus, & postremus inter eos, qui propositi sunt §. *ul. sup. per quas pers.* est libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua introducta aut confirmata est, ut hæreditas; neque jure Prætorio, ut bonorum possessio: neque consensu populi, ut adrogatio; sed ex constitutione D. Marci descendit, cui constitutioni causam dedit favor libertatis, *leg. 2. de fideic. lib. l. 6. & ult. Cod. de testam. man.* Et si autem is, cui bona libertatis causa addicta sunt, neque hæres est, neque bonorum possessor; tamen quia in locum defuncti succedit, bonorum possessori assimilatur, *leg. 4. §. propen. de fid. lib.* atque in eum tamquam in hæredem Prætorium utiles actiones creditoribus dantur, *leg. 8. d. tit.* Verba constitutionis D. Marci primum Justinianus refert; deinde exponit.

Qui libertatem acceperunt) Uberius sub disjunctione dixisset; *vel quilibet extraneus*: qua disjunctione utitur *leg. ult. in princ. Cod. de testam. man.* & ita loquitur, quasi constitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta sit: quemadmodum etiam jurisconsultus *leg. quod D. Marco 5. §. 1. de man. testam.*

Ex eorum edicto hæreditas) Fieri enim sæpe potest, ut hæres extraneus alieni hæreditarii magnitudinem, hæreditatem adire recuset, atque ita deserto testamento nihil ex eo, ac ne libertas quidem debeatur, *leg. 2. C. de testam. man. leg. 1. Cod. de fideic. libert.*

TEXTUS.

Rescriptum Divi Marci.

1. *Et ita Divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent.* Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant, is, cujus de ea re motio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directo, quam earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idonee creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hæreditas adita esset: ii autem, quos hæres manumittere rogatus est, ante libertatem consequentur; ita ut si non alia conditione velis tibi bona addici, quam ut ii etiam, qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, & fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui bonis nostris attendunt, sciunt, commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas eis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hæreditas ex testamento adita esset.

NOTÆ.

1. *Pompilium Rufum*) Putat Eguin. Baro servum ad quem rescribit D. Marcus, prænomen sortitum esse manumissoris, & ad id tempus Justinianum respexisse.

Nemine successore ab intestato) Alias si destituto testamento, is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, libertates non debentur, *l. 1. Cod. de fideic. lib.*

Tui liberti fiant) A te libertatem accipiant, tanquam fideicommissarium. Wes.

Si fiscus bona agnoscere) Fisco quoque causa libertatis prælata, ut nec illi aliter ad bona vacantia admittatur, quam si & ipse libertates præstet, *l. 4. §. 17. de fideicomm. lib.*

COMMENTARIUS.

Pompilium Rufum) Hæc nomina non conveniunt servo, non magis, quam *Cajus Sejus l. 23. de manumm.* & ideo assentiri non possum Theophilo asserenti, hunc Pompilium Rufum fuisse unum ex servis Virginii Valentis testamento manumissis. Ut ut est, etiam extratio libero homini ipsa constitutione D. Marci permitti bonorum addictionem, ostendunt *d. l. 40. §. 1. de man. test. l. ult. Cod. eod.* quamvis potius ad extratios productam colligas ex *leg. 6. Cod. eod.* VINN. Et exinde quoque colligas, recte existimare Theophilum, Pompilium istum Rufum servum potius, aut statu liberum quam ingenuum vel libertum fuisse. Statu sane liberos ob spem libertatis non raro se pro liberis gessisse & nomina patronorum gentilia ante manumissionem adsumpsisse, colligere mihi videor ex *leg. 11. Cod. de fideic. lib.* HEIN.

Testamento libertatem adscripsit) Hoc rescriptum locum non habet, nisi libertates datæ sint. Ait: *adscripsit*. Quid si libertates dedit, hærede testamento non scripto, sed nuncupato? placet, etiam hic constitutioni esse locum, *dict. leg. ult. Cod. de testam. man.*

Nemine successore ab intestato) Explicatius dixisset, nec ex testamento, nec ab intestato: siquidem huic rescripto locus non datur, nisi cum nec ex testamento, nec ab intestato quisquam hæres est, *dict. leg. ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligit, testamentariis hæredibus repudiantibus, si ab intestato hæres existat, libertates præstandas esse: certum enim est destituto testamento, si is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectitur, nec libertates deberi, *leg. 1. Cod. fideic. lib. leg. 14. Cod. de fideic.* Ut enim magnus sit libertatis favor, tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum hæredibus auferatur. VINN. aliud obtinebat, si ex. grat. fideicommissaria libertas ita data, si uxori testatoris placuisset. Tunc enim ea non adeunte hæreditatem, & filio succedente, servus libertatem petere poterat, dum uxor testatoris non refragaretur, *l. 8. C. de fideic. libert.* HEIN.

Venire debeant) Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus satisfaciat, bona ejus in ea causa sunt, ut possideri a creditoribus, aut recta constituta

actione vendi possint, *l.* 8. *quib. ex caus. in poss. l.* 6. *C. de bon. auct. jud. poss.* Ex quo intelligimus, hac constitutione etiam famæ defuncti consultum.

Addicantur) Addici igitur bona dicuntur, cum ab eo, qui jurisdictioni præest, causa cognita petenti attribuuntur; qui proinde tamquam decretalis bonorum possessor constituitur.

Si idonee caveris) Addici ita demum bona voluit, si idonee creditoribus cautum fuerit de solido, quod cuique debetur, solvendo, *l.* 2. *l.* 4. §. *addici* 8. *de fideic. lib.* merito; ita enim favendum libertatibus est, ut ne alteri inferatur injuria. Quid est autem idonee cavere? Satisdato utique, vel pignoribus datis. Sed tamen & si fides habita fuerit promittenti sine satisdatione, placet, idonee cautum videri, *d. l.* 4. §. *addici* 8. De solido autem, id est de sorte & usuris, *d. l.* 4. §. *de solido* 11. Justinianus etiam pactionem de parte solvenda creditoribus admittendam censuit; *d. l. ult.* §. 1. *C. de testam. man.*

Quibus directa libertas data) Qui directam libertatem acceperunt, statim post addictionem bonorum liberi fiunt: qui fideicommissaria, manumittendi sunt ab eo, cui bona addicta sunt. Itaque illi Orcini, hi liberti manumissoris efficiuntur. Plane qui bona sibi addici desiderat, ut mox sequitur, si non alia conditione velit sibi addici, quam ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipsius liberti fiant, fient, si modo consentiant contenti fideicommissaria libertate. Neque tamen dissensu quorumdam impeditur bonorum addictio, sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur.

Ac si hæreditas adita) Aut bonorum possessio admissa decretave. Non igitur ex pactione, sed ex addictione, quæ vicem additionis, hæreditatis, aut agnitionis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum, loqui rescriptum de casu testamenti facti: nam ab intestato nemini libertas directo competere potest.

Si fiscus bona agnoscere) Bona eorum, qui hæredem non habent, vacantia dicuntur, ea a fisco jure regalium occupari, notissimi juris est. Verum in hoc argumento libertatis causa commodi fisci benigne prælata est, ut etiam si non sit, qui bona sibi addici petat conservandarum libertatum gratia, tamen fiscus non aliter admittatur, quam si & ipse libertates præstet, *d. l.* 4. §. *eadem* 17. *de fid. libert.* Enimveto si bona damnati, vel debitoris sui fiscus occupet, cessat hæc constitutio. Sic cum Accurs. accipio illud, *si alia ratione agnoscat*, in *dict.* §. eadem 17.

TEXTUS.

Utilitas rescripti.

2. *Hoc rescripto subventum est libertatibus & defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur, & veneant. Certe si fecerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio: existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.*

COMMENTARIUS.

INdicatur hoc §. Primum finis atque utilitas, hujus rescripti: deinde ostenditur, non esse conjunctum cum injuria creditorum. Finis rescripti duplex est, ut libertates datæ conserventur, qui principalis est; tum ut famæ defuncti consulatur, cui ignominiosum, bona sua a creditoribus possideri & distrahi: qua de re M. Tullius *pro Quintio cap.* 14. & Justinian §. 1. *sup. quib. ex caus. man.* & §. 1. *de hær. qual.* Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac causa addictionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire & sibi consulere non possint; cæterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod cuique debetur, solvendo caveat, ut justam querimoniæ causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est, ut quoties alicujus defensor idoneus existit, creditores in bona ejus non mittantur, *l.* 2. *de poss. quib. ex caus. in poss. l. sed & hæc* 35. §. 3. *l. pen. de procur.* Legatariis ex hac causa nec cavendum est: quippe qui desituro testamento nihil consequerentur.

TEXTUS.

3. *In primis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certe si testatus decesserit, & codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est.*

4. *Tunc enim constitutioni locum esse, verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum existat, an non, cessabit constitutio. Si vero certum esse cœperit, neminem existere, tunc erit constitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hæreditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo, si post additionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates: quia semel competierunt.*

NOTÆ.

4. *Quamdiu incertum*) Ex Ulpian. *l.* 4. *prine. de fideic. libert.*

5. *Qui in integrum restitui potest*) Hic locus descriptus est ex *d. l.* 3. §. 1. & 2.

COMMENTARIUS.

COnstitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus testamento datis. Cæterum & si quis intestato decedens, codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas: placuit, ad hunc quoque casum favorem constitutionis extendi, juxta id quod dicitur favores esse ampliandos; *l.* 2. *de fideic. lib. leg. ult. C. de test. man.* Quartus & quintus §§. sumpti ex *l.* 4. *pr.* §. 1. & 2. *ad fit.*

TEXTUS.

Si libertates datæ non sunt.

6. *Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates vel mortis causa, & ne de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint sibi bona addici, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.*

COM-

COMMENTARIUS.

FAvor rescripti a Justiniano etiam ad eum casum trahitur, quo mortis causa libertates datæ sunt, vel etiam simpliciter inter vivos, ut statim valeant, si creditores postea obsistant, quod in fraudem suam datas dicant. Quamvis enim verba constitutionis hic deficiant, ex æquitate tamen & sententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri eum, qui libertatem accepit, si bona sibi addici velit, paratum creditoribus idonee cavere. Et igitur in proposito quæ libertates ipso jure non valerent, conservantur beneficio addictionis bonorum.

TEXTUS.

De speciebus additis a Justiniano.

7. Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est a nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.

COMMENTARIUS.

COnstitutione Justiniani, quæ est *leg. ult. C. de test. man.* jus addictionis bonorum a D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his versibus complectitur. *Jus postulandi annus esto. 2. Si plures simul satisdato postulint, iis bona simul addicantur. 3. Ejus, qui plus se præstiturum satisdabit, potissimum jus esto. 4. Qui plus quam alter cui addicta bona sunt, intra annum offeret, altero libertatem suam retinente, bona obtineto.* Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est. VINN. Immo jam Justiniani temporibus sensim ab usu recessisse videtur Marci constitutio ob pinguius remedium Nov. 1. cap. 1. concessum, ut hærede repudiante, ipsi legatarii, quin & servi, quibus libertas testamento data, adire possint. HEIN.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUS CONSULTO CLAUDIANO.

C. Lib. 7. Tit. 24.

Erant ante prædictam successionem olim & alia per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant: sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodo creditoribus datur officio Judicis bona possidere: & prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit. Erat & ex Senatus consulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & a nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis certissimus.

NOTÆ.

Per multas ambages) Bona debitoris, postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta perpendissent, edicto possideri jubebantur, dein magister postulabat & creabatur, per quem distrahebantur, & emptori addicebantur: qui omnibus in solidum satisfaciebat; aut antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Cicer. *pro Quint. cap. 15. & 16. ad Artic. 1.* Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur. Fusius hæc Theophil. VINN. Plura & accuratoria reperies apud Carol. Sigon. *de antiquiot. jur. civ. Rom. lib. 1. cap. 18.* Addesis *Antiq. nostr. Rom. lib. 2. tit. 17. §. 11. pag. 465. edit. nov.* HEIN.

Quando judicia ordinaria) Planius dixisset, quando veterum judiciorum ordo servabatur, quem posteritas neglexit: quamquam quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video; ac nec aliud quidem, quid circa eam postea innovatum, nisi quod bonorum emptor desierit esse successor universi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus satisfieret *l. 6. & 9. C. de bon. auct. jud. poss.* VINN. Sensus Justiniani esse videtur quod ambagibus *istis* locus fuerit, quamdiu judicia essent ordinaria, & distinctum Prætoris & judicis officium. Ex quo autem Magistratus Judices pedaneos dare desierint, & omnia judicia facta sint extraordinaria, nec ritibus & formulis antiquis tam stricte inhæsisse homines. HEIN.

Libertatem amittebat) Post trinam denunciationem domini. Theoph. denunciationis meminit & Ulp. *t. 11. l. 10.* Paul. *l. 27. depos.* Tacitus autem denunciationis non meminit, sed simpliciter ignorantis domini. Et forte disputatione JCtorum hæc necessitas addita JCto. Hodie libertatem non amittit, sed verberibus castigatur servus, & dissolvitur ejusmodi conjunctio, *leg. un. Cod. de SC. Claud. toll.*

COMMENTARIUS.

REferuntur hoc titulo duæ species acquisitionis per universitatem, quarum altera jam ante Justinianum in usu esse desiit, alteram ipse sustulit.

Qualis fuerat bonorum emptio) Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat, neque defendebatur, ejus bona ex edicto possideri jubebatur: post deinde iis vendendis magistri constituebantur, & postquam aliquandiu celeberrimis in locis proscripta perpendissent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur, qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in solidum satisfaciebat. Quod si diffidebat, ne paria facere posset, cum antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus Cicer. 6. *ad Artic. 1.* ubi scribit, sine edicto non posse transigi de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & postulari & fieri solere: item illud ex oratione pro *Quinto cap. 15. Cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis forma & existimatio*

cum bonis simul possidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certe, tacite obscureque conceditur, cui magistri fiunt, & domini constituuntur, qui, qua lege & qua conditione pereat, pronuntient, &c. Idem observatum fuisse, cum bona defuncti solvendo non essent, nec hæredem reperirent, ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum jure incognita est, *leg. cum bona, 16. l. Fusidius, 29. de reb. auct. jud. poss. l. Imperator, 16. l. Imperator: 16. de pact. lib. 9. de cur. fur. l. 4. Cod. de bon. auct. jud. pnf.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscriptique seductoribus in auctione venderentur, qui ut tradit Ascon. *ad lib. 1. in Verr.* ipem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, & semel pecuniam ærario inferebant: ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo venditabant. Quo refert Hotomanus, quod Varro *lib. 2. de re rustica c. 10.* modos acquirendi legitimi dominii enumerans scribit: *Tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit.* Hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur; videturque successisse ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege duodecim Tabularum introductæ, quam crudelitatem consenso publico postea erasam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam bonorum adhibita proscriptione, testatur Tertull. *Apol. cap. 3. Stoffundere*, inquit, *maluit hominis sanguinem, quam effundere.* Add. Gell. *lib. cap. 1.* Salmas. *de mod. usur. c. 18.* VINN. Sed adde tu sis Illustr. Bynkersk *Observ. lib. 1. cap. 1.* Ubi ab omni crudelitatis suspicione decemviros erudite absolvit. HEIN.

(1 *Per multas ambages*) Ter creditores adire Prætorem oportebat: primum ut liceret Bona possidere: deinde ut liceret magistrum bonis constituere, qui in auctione divenderent: postremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, paciscI. Cæterum hæc fusius Theophilus.

Cum extraordinariis judiciis) Quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video: uti nec illud, quid hic posterioribus temporibus innovatum. Sane nihil in eo, quod creditores in possessionem bonorum mittuntur, & postquam ea per certum tempus possederunt, jus vendendi a Prætore impetrare possint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis, quo hic remittitur, sub *tit. de reb. auct. jud. poss.* & in codice quoque relata est, *leg. 6. & 9. Cod. eodem titul.* Videntur mihi Compositores male ista inter se opposuisse, tanquam pugnantia, *permitti bona possideri*, & post certum tempus *uni ea universa vendi*. Plane quod Theophil. refert, bonorum emptorem hæredis, seu bonorum possessoris loco habitum fuisse, id postea obtinuisse non puto: sed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus satisfieret, desitque hanc acquisitionem esse universalem. Jure novissimo modus missioni creditur constitutus, ut jam missio non fiat in universa bona, sicut olim *tit. de reb. auct. jud. poss.* sed quantum pro quantitate debiti. *Novell. 53. cap. 4. §. 1.* unde *auth. & qui jurat. Cod. de bon. auct. possess.*

Libera mulier servili amore bacchata) Senatusconsulto libera mulier, quæ se alieno servo junxerat, domino servi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatusconsulti Tacitus *lib. 12. annal. cap. 53.* ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit: *Inter quæ referebatur ad patres de pœna fœminarum, quæ servis conjungerentur: statuiturque, ut ignaro domino ad id prolapsa, in servitute, si consensisset, pro liberta haberetur.* Ita locum ex Codice Farneliano restituit Lipsius. Suetonius hoc ipsum decretum adscribit Vespasiano, ut nisi erret Suetonius, id repetitum fuisse necesse sit, Denuntiationis Tacitus non meminit, sed simpliciter ignorantis domini: unde licet existimare, necessitatem denuntiandi, ne cum servo consuetudinem haberet (vid. Ulp. *tit. 11. §. maxima l. 10. l. 27. depos. l. un. Cod. de SC. Claud. toll. l. edicimus Cod. Theod. de murileg.* Theophil. *hic.* Pet. Fab. *l. 1. semest. 25.*) disputatione Jurisconsultorum Senatusconsulto additam. Justinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permisitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avellendi a muliere, simul denuntians, non impune laturum dominum, si hac potestate non utatur, *d. l. ult. in fin. Cod. de SC. Claud. toll.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 7. Cod. Lib. 4. Tit. 10.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Duo insignes errores notati.*
3 *Neque definitiones, neque divisiones hic propositas continere omnem speciem obligationis.*
4 *Obligationum summa divisio.*
5 *Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis?*
6 *Explicatur l. 10. de oblig. & act.*
7 *Quæ res faciant, ut tantum naturalis, non etiam civilis sit obligatio?*
8 *Non omnium naturalium obligationum eumdem esse effectum jure civili, & quæ qualem habeant?*
9. *Obligatio mere civilis?*
10. *Obligatio mixta.*

1 TRia esse disciplinæ juris summa capita seu objecta didicimus §. *ult. supr. de jure natur. gent. & civil.* personas, res, actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quod cuique competit pro conditione & statu personæ, disputatum a titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio suscepta *tit. 1. lib. 2.* ubi diximus, rei appellatione in hac distinctione objectorum significari non tantum ea, quæ dominii nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vindicari possunt, verum etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, dominii verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad tit sextum libri 4. ubi initium sit disputationis de actionibus.

2. Duo igitur errores hic nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est, qui ita obligationes a rebus separant, tanquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent: alter eorum qui eas referunt ad objectum primum, quod est, de Jure personarum. In

priore

priores errore Theophilus est & vulgo Interp. qui existimant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus: præmittique obligationes, ut actionum causas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex uno hoc apparet, quòd ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quam dominium, quam cætera in rem jura, quam ipsum jus personæ: quippe quæ & ipsa singula suas actiones habent, & pariunt. §. 1. & 2. §. 12. *infr. de action.* Alter error Vulteji est, qui *lib. 1. disc. seliol. cap. 16. & ad hanc rubric.* contendit, obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temere secutus est D. Anton. Matth. *Colleg. Inst. 3.* Utitur Vultejus duplici fere argumento. Primum est, quod obligatio personæ inhæret. Atqui eadem ratione multo magis usum & usumfructum ad jus personarum referri oportebat. Sed quid certius est, quam ea omnia, quæ in bonis & patrimonio nostro sunt, ad tractatum rerum pertinere; nec solum res corporales, verum etiam incorporales, *supr. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hæreditate, usufructu, servitutibus, numeratur etiam obligatio, ut res in bonis nostris & subjecta acquisitioni, add. *l. 49. de verbor. signif.* Apparet vero Vultejum obligationes tantum considerasse in relationem ad personam debitoris, cum præcipue hic considerandæ sint ratione creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisivit: easque suo modo vendendo, donando, legando in alium transferre potest: quæ ostendunt, obligationes a parte creditoris esse in commercio, quod de jure personarum puta libertatis, civitatis, familiæ nemo dixerit. Sed etsi obligationes considerentur ex parte debitoris, ut personæ ejus inhærentes, tamen ad jus personarum ne isto quidem respectu referri possunt. Jus enim personæ dicitur, quod personam afficit, quatenus persona est, id est, id jus, quo quisque in civitate censetur propter statum & qualitatem personæ suæ. Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? Quis ita personas unquam distinxit, ut dixerit, quasdam personas esse obligantes, quasdam obligatas? aut hominum alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi personam obligati afficit, non tamen afficit, quatenus consideratur ut persona, sed quatenus ut debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic finis summus est obligationis, ut personam nobis obligatam habeamus, sed ut rem in obligationem deductam consequamur, *leg. 3. de obligat. & action. leg. postulatio, 38. §. alteri, 17. de verbor. obligat.* Quamobrem sive essentiam obligationum spectemus, sive objectum earum, sive finem ultimum, non alio referri possunt aut debent, quam ad eam disciplinæ nostræ partem, quæ est de jure rerum. Alterum argumentum Vulteji tale est: Si obligatio ad jus rerum pertineret, ut dominium pertinet, tum ex obligatione quoque, uti ex dominio, competeret actio in rem, ut actio ex obligatione in personam est: ergo ipsa obligatio ad jus personarum, non rerum referenda. Πολλὰ ἐκθέσεως, & error perspicuus παρὰ τὸ ἐπόμενον. Non enim ideo actio ex obligatione in personam esse dicitur, quia per eam aut personam, aut jus aliquod, quod in personam aut personæ sit, persequimur: (quippe semper persequimur rem aliquam externam, eam, quæ ex obligatione præstanda est,) sed quia hæc actio in personam obligati dirigitur, & semper adversus eum locum habet, cum in rem actio cum re ambulet, & sequatur possessorem, *leg. actionum, 25. de obligat. & action.* Quinimmo contra si obligatio jus esset personæ, actio, quæ de eo jure competeret, ad classem actionum in rem referenda esset, non ad eas, quæ in personam competunt: argumento actionum præjudicialium, quæ de statu & vero jure personarum competunt, quas in rem esse expresse scriptum est in §. *præjudicia-les, 15. infr. de action.* quamquam hoc etiam negavit Vultejus, quia vidit sententiæ suæ repugnare. Sed de his opulentius suis locis §. 1. & dict. §. 13. *infr. de action.* Hoc titulo primum docetur, quid sit obligatio; deinde dupliciter ea dividitur a causis efficientibus; postremo prima & præcipua ejus species subdivi-viditur in quatuor species inferiores. 3. Quoniam vero neque definitio, neque divisiones hic propositæ, omnes species obligationum continet, sed ad eas dumtaxat pertinet, quæ actionem eamque efficacem jure civili producunt, & tamen illæ quoque, quæ vel non producunt actionem, vel eam producunt, quæ exceptione repelli potest, suum quendam usum & effectu jure civili habent, recte facturi videmur, si priusquam ad ea declaranda accedimus, quæ hic a Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum a capite reperitam explicemus. 4. Omnis obligatio vinculum quoddam juris est, quo adstringimur ad aliquid præstandum. Cæterum cum ad hoc aliquando nos adstringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ, ac civile simul, pro hac juris varietate obligatio in tres species recte dividitur, in puram *naturalem*, mere *civilem*, & *mixtam*. *Naturalis*. 5. Obligatio est naturæ & equitatis vinculum, quo ita adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sit actio jure civili. Dicitur naturalis non a natura, seu naturali instinctu nobis cum brutis animantibus communi, sed a natura humana, id est, recta ratione, quæ sola quod æquum est, dictat. Itaque naturalis obligatio non est duplex, ut quidam opinati sunt, una, quæ sit ex jure gentium & humani generis propria; altera, quæ sit ex jure naturali omnium animantium communi, & in bruta quoque cadat, in quæ nec consensus nec intellectus cadit: sed una & simplex, quæ tota est jure gentium, ut ipsa æquitas, cujus vinculo sustinentur, *l. Stichum, 95. §. 4. pe solut.* Quod etiam Paulus confirmat, *leg. amplius, 84. §. 1. de regul. jur.* ubi ait, eum natura debere, quem jure gentium dare oportet. Hæc obligatio conscientias quidem hominis devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, *dict. leg. 95. §. 3. de solut. dict. leg. 84. §. 1. de regul. jur.* quo loco verbo *oportet* quædam necessitas moralis significatur: in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactionem producat: id quod ex enumeratione specierum, quæ ad hoc genus obligationis pertinent, liquere potest. Nam quod in *l. 10. de oblig. & act. leg. fidejussor. 15. §. 4. de fidejuss.* dicitur, naturales obligationes non eo solo æstimari, si actio aliqua ex his comperat, verum etiam si soluta pecunia repeti non potest, id non totum ad puras naturales pertinet, sed posterius dumtaxat; pars autem præcedens ad mixtas, eas scilicet, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, & quæ ipse nonnumquam absolute naturales dicuntur, *l. debitor, 59. vers. videamus, ad SC. Trebell. l. si ita stipulatus, 126. §. 2. vers. superest, de verb. oblig.* nimirum quia tota essentia ut sunt ex jure gentium, *l. 5. de just. & jur.* a jure autem civili præ-

præter nudam confirmationem nihil habent: quo tamen respectu cum etiam civiles sint, nomine civilium frequentius appellantur, propter auctoritatem juris civilis. 7. Ut naturalis tantum, non etiam civilis simul sit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut personæ paciscentis contrahentisve, aut qualitas personæ & negotii simul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, sed illa dumtaxat, quæ vel in proprium nomen contractus transit, vel cui præter conventionem alia subest obligandi causa, vel quæ legitima dicitur, aut quæ contractui incontinenter adjecta, *l. 6. l. 7. in princ. §. 2. & 4. de pact.* Ex cæteris, quæ solo placiti sine stant, nascitur dumtaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerint, ut ex iis etiam ultro agere liceret, *dict. leg. 7. §. 4. de pact. leg. 10. Cod. cod. l. si tibi, 27. Cod. de locat.* Plura dicemus infra sub §. *ultim.* Secundo facit qualitas personæ contrahentis, ut ex conventione quantumvis idonea, tantum naturalis obligatio oriatur, veluti si pupillus, intelligens quod agit, contraxerit sine tutoris auctoritate, *leg. si pupillus, 127. de verbor. oblig. leg. 1. in fine de novat. l. cum illud, 25. §. 1. quand. dies leg.* aut servus, *leg. 14. de oblig. & action. leg. 13. de condit. indeb.* aut is, cui bonis interdictum est, *leg. 6. de verb. oblig.* Personæ & negotii qualitas simul, veluti si mulier intercesserit, filiusfamil. mutuam pecuniam accepelerit, *leg. 16. §. 1. ad SC. Vell. leg. 9. in fin. cum leg. seq. de SC. Maced.* Præter hæc etiam citra ullam conventionem sola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit: qualis est causa beneficii accepti. Unde obligatio ad *ar. leg. sed & si 25. §. 1. de furt.* & quæ hujus species est, manumissio, unde operarum officialium debito naturalis, *l. si non fortem, 26. §. libertus, 12. de cond. ind.* Ad hanc classem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate testatoris testamento minus solemni declarata: item eam, qua hæres legatis oneratus tenetur ea integra præstare citra detractionem Falcidiæ, *leg. 2. C. de fideicomm. leg. 5. §. si quis, 15. de donis inter vir. & uxor l. 1. l. ult. C. ad legem Falcidiam.* 8. Naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio destituuntur, quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas præter illud honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipsum jus gentium pudori cujusque totum hoc reliquisse. Quippe *alia est*, ut ait Cicero *pro Planc. c. 28. debitio gratiæ, alia pecuniæ*: neque convenit, beneficia fœnerari aut in calendario scribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ 3. *de benef. c. 7. Cum res honesta sit referre gratiam, definit honesta esse, si necessaria est*, id est, honestatis gradum excellentem amittit: quod sequentia indicant. *Non enim magis laudabit quisquam gratum hominem, quam eum, qui depositum reddidit aut quod debebat citra judicium solvit.* Et mox; *Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse.* Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut solutæ per errorem repeti non possint, *d. l. 26. § libertus, 2. de cond. indeb.* Ejusdem fere conditionis est obligatio testamenti minus solemnis & ad integra legata præstanda: nam etiam quod ex his causis per errorem facti solutum est, jure civili repeti potest, *l. 7. C. de cond. indeb. l. 9. Cod. ad leg. Falcid.* Similiter si is, cui bonis interdictum est, quid promiserit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejussores quidem admittat, quasi negotium nullum gestum sit, *leg. 6. de verb. oblig.* Tantundem dici potest de transactione alimentorum Senatusconsulto prohibita, *leg. eleganter, 23. §. 2. de cond. ind.* item de intercessione mulierum, nisi quod obligatio hinc nata actionem parit, sed quam inefficacem reddit perpetua Senatusconsulto exceptio, *leg. qui exceptionem, 40. d. tit. leg. 9. C. eod.* Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, si paterfam. factus solverit, non repetit, *dict. leg. 40. l. 9. in fin. de SC. Mac.* Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventione descendunt, eosdem pene effectus, si unam dempseris actionem, jure nostro habent, quos habet naturalis & civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti, cum ajunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre est *l. 13. si pœnæ, 19. l. frater, 38. l. quod pupillus, 41. d. si quod, 64. de cond. indeb. l. 10. de oblig. & act. l. 1. d. novat. l. propen. de oblig. & action. l. 5. §. 2. de solut.* & similibus locis. Effectus isti principales hi sunt, debiti hujus naturalis cum alio quovis compensatio, *l. 6. de compens.* ejusdem soluti per errorem retentio, *d. leg. 10. de oblig. & action. d. l. 19. de cond. indeb. leg. 1. §. id quod, 17. ad leg. Falcid. l. 3. Cod. de usur.* Præterea quod ita naturaliter debetur, constitui potest, *leg. 1. §. penult. de pec. const.* item novari, *leg. 1. in fin. de novat.* Potest & fidejussor huic obligationi accedere, *§. 1. infr. de fidejuss.* denique & pignus, *l. 5. de pign.* Minus tamen efficacitatis est in obligatione pupilli sine tutoris auctoritate contracta, quippe quæ accessiones dumtaxat recipit: principalia autem illa ut pupillo nocentia respuit, quo aspectu: quod pupillis ita promisit, ne natura quidem deberi dicitur; *d. l. 42. de cond. ind. d. l. propen. de oblig. & action.* 9. Obligatio mere civilis est vinculum solius juris civilis, seu *ἀπὸ παραβόσεως*, quo quis ita tenetur, ut summo jure in eum sit actio, sed quæ jure Prætorio infirmetur, opposita perpetua exceptione. Hujus generis sunt omnes illæ, quæ sola juris subtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti si quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus aliquid promiserit; aut si post constitutam obligationem debitor cum creditore pactus, sit, ne a se peteretur, *§. 1. & seqq. infr. de except.* Hoc genus obligationis propemodum sine re est, & exitu inutile, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil interest, fin. de reg. jur. l. 14. de compens.* Mixta obligatio seu naturalis & civilis, simul, est vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adstringitur, ut actio efficax in eum detur. 10. Mixtam hanc obligationem vocamus, propterea quod eam & naturalis sustinet æquitas, & simul juris civilis firmat auctoritas. Unde actionem & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc est, quod sola proprie & absolute obligatio in usu juris vocatur; quemadmodum & debitoris proprie intelligitur, a quo invito pecunia exigi potest, *l. debitor, 108. de verb. signif.* & ex adverso creditor, qui exceptione perpetua removeri non potest, *leg. 10. eodem. tit.* alii per abusionem, *leg. 16. §. 4. de fidejuss.* Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantum & definitiones & divisiones hoc titulo propositas pertinere. Est vero quod apprime notandum est, mixta hæc obligatio aut vere talis, aut præsumptive; qualis est obligatio judicati & confessi; item jurisjurandi necessarii. Quippe

pe res judicata pro veritate accipitur, *leg. post. 56. de re judic.* confessi in jure pro judicatis habentur, *dict. l. 56. l. 1. pr. confess. l. un. Code eod.* juris jurandi quoque aut potius sententiæ ex eo latæ eadem fere vis est. Hujus generis etiam obligatio est, quæ dicitur litterarum, *infr. de lit. obl.* Jam ad explicationem textus accedamus.

TEXTUS.

Continuatio, & definitio.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostra civitatis jura.

NOTÆ.

Obligationes) Theophil. & Accurs. putant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed perperam. Nam non minus obligatio res est incorporalis, & ad secundum juris objectum pertinet, quam hæreditas, ususfructus, servitutes, *supr. de reb. corp. & incor. & §. ult. de us. & hab.* VINN. Recte: Sed non solum tamen Theophilum, verum & veteres fere omnes obligationes tamquam præcipuum actionum fundamentum considerasse, vel inde patet, quod in Pandectis æque ac Codice conjunctim & uno eodemque titulo agitur *de obligationibus & actionibus*. Et inde, licet perperam, existimavit Theophilus hic quoque tractatum de obligatione præmitti materiæ de actionibus, quia obligationes sint fontes actionum, & eatenus ad tertium juris objectum commode referri queant. HEIN.

Juris vinculum) Omnis obligatio est juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis: naturalis, vinculum æquitatis, *leg. 95. §. 4. de solut.* civilis mera, rigoris, seu *ἀκριβοδικαίου infr. de exc. in princ.*

Necessitate) Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet, ex qua jure civili agi non potest, quamvis moralem necessitatem adjunctam habeat: veluti quæ ex nudo pacto nascitur, *l. 7. §. 4. de pact.* junct. *leg. 84. §. 1. de reg. jur.* nec civilis nuda, quæ propemodum sine re est, & exitu inutilis, *leg. 3. §. 1. de const. pecul. l. 112. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

EST *juris vinculum*) Recte *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus est necessitate quadam præstationis tenetur, ut effugere non possit, nisi vinculo hoc soluto. Metaphora sumpta a vinculis corporis. Concepta est definitio, relatione facta ad personam debitoris, ita tamen, ut simul ostendat, quodnam hic sit jus creditoris. Sequentia formam obligationis, subjecto, effectu, & causa efficiente remota, adumbrant.

Necessitate adstringimur) Effectus. Obligatio (sic absolute, nunc porro mixta vocabitur) semper adjunctam habet necessitatem præstationis: quæ necessitas in eo consistit, ut nisi obligatus præstet id, quod debetur jure judicioque experiri, cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compellere.

Alicujus rei) Subjectum. Rei autem verbum generale est, & factum quoque comprehendit, *l. 1. in fin. de reb. cred.* Proinde sive in dando consistat obligatio, sive in faciendo, necessitas obligationis postulat, ut utrumque præstetur, *l. 2. de verb. obl. §. ult. infr. eod. l. 3. de obl. & act.*

Solvendæ) Solvi dicitur res in usu juris, cum debita præstatur, *l. solutum, 49. de solut. l. si rem, 9. §. 3. & seqq. de pign. act.* eaque solutione tollitur obligatio, *infr. quid. mod. toll. obl. in pr.* tametsi persona obligari tantum adstringi videtur, non res ipsa, nisi per consequentiam, aut nisi pignori nexa sit. Etenim obligationis non hæc vis est, ut aut corpus aliquod, aut servitutem nostram faciat, aut per eam dominium aliudve jus in rem immediate consequamur; sed jus tantum ad rem tribuit, id est, personam nobis obstringit ad dandum vel faciendum, *l. 3. de oblig. & act.*

Secundum nostræ civitatis jura) Hæc verba referenda sunt ad totum illud, quod præcedit, *quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ*. Temperatur enim hac adjectione, non, ut male Theophilus, potestas solvendi, sed necessitas: ut intelligamus adstringi nos non quibuslibet modis, non ex quavis causa, sed secundum jus civitatis nostræ: item necessitate non quavis, sed in qua inest ea cogendi ratio, quæ jure civitatis nostræ sit approbata. Quod si cum Theophilo verba hæc ad id solum, quod proxime præcedit *rei solvendæ*, referimus, falsam efficimus sententiam, nimirum, eum, qui non recte solvit, non esse obligatum. In eodem errore fuit & Accursius.

TEXTUS.

Divisio prior.

1. *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut Prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione constituit; quæ etiam honorariæ vocantur.*

NOTÆ.

1. *Omnium obligationum*) Scilicet ad actionem producendam efficacium: de quibus solis etiam concepta definitio.

Aut jure civili comprobatæ) Prioris generis est obligatio litterarum & verborum pacti legitimi, furti nec manifesti, damni injuria dati, &c. hujus sunt omnes, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Prætor ex sua jurisdict.) Ex quibus scilicet actionem in persona dedit. §. 8. *& sequentib. infr. de action.*

COMMENTARIUS.

AUT *civiles aut Prætoriæ*) Distributio obligationis a causis efficientibus remotis. Nulla enim est obligatio, (vera scilicet & efficax, de qua sola hic disputatur,) quæ non aut jure civili aut Prætorio constituta vel recepta sit. Illud hic monendi sumus, cum civiles obligationes opponuntur naturalibus: appellatione civilium Prætorias quoque contineri; sicut in universum, cum jus civile opponitur naturalis, ejus appellatione etiam Prætorium venit. Nam jus Prætorium par est juris civilis generaliter sumpti §. 3. *supr. de jur. natur. gent. & civil.* At cum obligationes civiles Prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas dumtaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritа-

ritatem habet; constitutæ aut confirmatæ sunt: quemadmodum cum in genere jus civile opponitur Prætorio, id jus significatur, quod ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum descendit, *leg. 7. de justit. & jur.* Similis huic est divisio actionum §. 3. *infr. de action.*

Constitutæ aut comprobatæ) Sit igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod earum quædam jure civili constitutæ sunt, quædam simpliciter approbatæ seu receptæ. Prioris generis sunt paucæ, ex contractu obligatio litterarum & verborum, *infr. cit. 22. & cit. 16.* ex delicto, qua tenetur fur nec manifestus, *arg. §. 4. infr. de noxalib. act.* junct. *pr. infr. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnum injuria dedit, cujus quadrupes pauperium fecit, qui arbores furtim cæcidit, *infr. tit. de leg. Aquil. & si quadrup. paup. fec. l. 1. arb. furt. cæs.* Referunt huc vulgo & eas, quæ descendunt ex pactis speciali lege confirmatis, quæ dicuntur legitima, *l. 6. de pact.* quale verbi causa est pactum donationis, & pollicitatio dotis, *l. si quis 35. §. ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio constitutione civilis est, qua tenetur is, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Quas Prætor ex sua jurisdictione) Naturalem æquitatem secutus. Nam omnis obligatio Prætoria naturalis quoque est: a Prætore autem introducta dicitur ea, ex qua Prætor in personam in foro civili actionem dedit. Cujusmodi est illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi: quæ constituens pecuniam ei, cui constituitur; qua is qui detulit jusjurandum juranti: item quæ ex furto manifesto, rapina, injuriis nascitur; cæteræque omnes, quibus qui obstrictus est, honoraria actione tenetur, vid. *infr.* §. 8. *& aliquos seqq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot.* item §. 4. *de noxox. act. & §. ultim. de leg. Aquil.* VINN. Recte Vinnius obligationem Prætoriam omnem naturalem simul esse ait. Quamvis enim Prætor aliquando & civiles obligationes firmet: veluti dum *leg. 1. ff. commod.* ex commodato actionem pollicetur: proprie tamen tunc obligatio non est Prætoria, quia vinculum juris jam citra Prætoris auxilium habet. HEIN.

TEXTUS.

Divisio posterior.

2. *Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.*

NOTÆ.

2. *Aut enim ex contractu, &c.*) Hæc divisio sumpta est a causis efficientibus proximis seu factis obligatoriis sine quibus nulla aut jure civili aut honorario confirmatur, *l. 37. pr. oblig. & Act.* Accuratior est, quam illa aut Caji *l. 1.* aut Modestini *l. 52. hoc tit.*

Ex contractu.) Contractus est conventio obligationem pariens citra speciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoriæ, tum pacta nuda & legitima; quorum illa obligationem non pariunt, hæc pariunt ob specialem confirmationem, *l. 6. l. 7. §. 4. de pact.* Labeonis definitio *l. 19. de verb. signif.* particularis est: tam enim contractus sunt negotia ex uno latere obligatoria, ut mutuum & stipulatio, quam utrinque, ut venditio & locatio. Et quid notius illa συναλλαγμάτων distributione in μονόπλευρα & διπλᾶ.

COMMENTARIUS.

1. *Unde sumpta sequens hæc divisio?*
2. *Rectene Aristoteles delictum speciem faciat* συναλλαγματος?
3. *Præter quatuor ordinarias obligationum causas quæ hic recensentur, esse & alias quasdam irregulares & extraordinarias.*
4. *Modestini obligationum divisio minus accurata in l. 52. de oblig & act.*
5. *Quid sit conventio sive pactio aut pactum in genere, & quotuplex?*
6. *Quid pactum nudum, quod passim absolute pactum? Et cur ex eo jure civili non detur actio?*
7. *Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Item num.* 10.
8. *An pacta ex continenti adjecta a parte actoris insint etiam in contractibus stricti juris.*
9. *De conventione non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, divisio, cum explicatione l. 10. de verb. signif.*
10. *Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta scita juris Canonici.*
11. *Explicatur subdivisio obligationum primæ speciei.*

AUT *enim ex contractu, &c.*) 1. Ἐπιμερισμὸς seu secunda obligationum divisio a causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua; & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente nascatur; nec ulla jure civili, aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat, ut loquitur Papinianus, id est, quæ non ex propria causa constituta sit, *l. oblig. 27. hoc tit. de obl. & act.* Causæ seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur a Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Aristoteles 5. *ethic. 7.* uno verbo συναλλάγματα hæc omnia comprehendit. Duo enim ille genera συναλλάγματα facit, ἑκούσια & ἀκούσια, voluntaria & involuntaria: illa appellant commercia, conventiones, contractus; ἀκούσια, maleficia & delicta. Verum enimvero si vox Græca συναλλάγματα respondet verbo Latino commercii aut contractus, valde abusive delictum dicitur species συναλλάγματος: ipseque Aristoteles cap. 5. ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad justitiam συναλλακτικὸν pertinere: Utut est, in jure nostro συναλλάγματα tantum ad commercia refertur, *leg. 7. §. 2. de pact. l. Labeo, 19. de verb. signif.* commercium autem uno modo usurpatur pro conventione & contractu; atque hæc a delictis perpetuo separantur. Unico tantum loco delictum appellantur contractus, non quidem involuntarius, sed malus, *l. si rerum 52. de re jud.* ubi Triphonius scribit, actionem rerum amotarum *ex malo contractu*, aut, ut est in codice Florentino, *ex malo contractu oriri*. Papianus quoque verba Demosthenis in oratione contra Aristogitonem τὴν ἀπαραίτητον τῆς ἐκουσίου, καὶ ἀκουσίου ἁμαρτημάτων, Latine reddidit, *delictorum*, quæ sponte vel

ignoo-

ignorantia contrahuntur, coercitio, l. 1. *junct. l.* 2. *de legin.* Illud vero frequens apud nostros est, ut appellatione contractus & maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficia significentur, *leg.* 26. *de neg. gest. l. contractus*, 23. *de reg. jur. leg.* 1. *l.* 4. *l. ex contractibus*, 49. *hoc tit.* §. 1. §. 10. *si. rei*, 17. *& seq. infr. de action.* §. 1. *infr. de perp. & temp. action.* 3. Porro sciendum est, quatuor causas obligationis, quæ hic a Justiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias: cæterum esse præterea quasdam obligationes, quæ ex nulla quatuor istarum causarum proficiscuntur, sed ex sola & singulari æquitate. Cujusmodi species obligationis est, quæ a Celso proponitur in *l. si & me & Titium*, 32. *de reb. cred.* item ex qua ad exhibendum agitur, *leg.* 3. §. 3. *ad exhib.* quam nullum omnino factum obligatorium præcedere constat. Item illa, qua in duplum obstringitur, qui tignum alienum ædibus suis bona fide junxit, §. *cum in suo*, 29. *sppr. de rer. div.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum subsidiariæ dantur, §. *ult. infr. de leg. Aquil. l. in rem* 23. §. *item quæcumque*, 5. *de rei vind.* Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventione est, eadem est, ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo, vel ex constituto: quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quod Cajus *leg.* 1. *princ. hoc tit.* causas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficii tantum meminit, cautionis gratia subjiciens ea, quæ extra hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum, duo illa, contractum & maleficium, esse causas obligationum generales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias nonnullas, sed quæ sint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine significari, nec certa regula comprehendi possint. Videtur autem Cajus in *d. leg.* 1. nomine contractus, & maleficii etiam quasi contractum & quasi maleficium intelligere: quæ tamen cum singula proprie & distincte considerare volumus, a contractu & maleficio diversa esse, idem recte docet, *leg.* 5. *eodem*, & ex eo Justinianus *infra tit. de oblig. quæ quasi ex contr. & de oblig. quæ quasi ex del.* Igitur pro quadruplici illa consideratione causarum quadripartita quoque est obligationis divisio. 4. Extat alia obligationis ex causis distributio apud Modestin. *leg. obligamur*, 52. *hoc tit.* sed minus accurrata. Confundit enim eo loco Modestinus causas remotiores cum propinquis: nimirum causas juris & facti, causas, propter quas obligatio constituitur, cum jure, quod obligationem constituit, aut confirmat. Plura etiam vitia istius divisionis alii observarunt. Ego singula adamussim examinare nolim: nam pinguius aliquando disputant Jurisconsulti. VINN. Si paulo accuratius partiri velis, ira omnes obligationes ad suas species revocati posse crediderim. Obligatio est vinculum juris. Jus ponit legem. Omnis itaque obligatio ex lege est, & quidem vel ἀμέσως ex sola lege, vel ἐμμέσως intercedente facto aliquo obligatorio. Prioris generis sunt omnes obligationes, quas Cajus *in variis causarum figuris* nasci ait, quasque Vinnius noster *num.* 3. recenset, & *extraordinarias* vel *irregulares* vocat. Factum porro obligatorium est vel *licitum* veluti *contractus* & *quasi contractus*, vel *illicitum*, ut *delictum* & *quasi delictum*. Rem exposui in *Elementis jur. hoc tit.* §. 771 *seq.* HEIN.

De iis, quæ ex contractu) Quid sit contractus intelligi non potest, nisi prius in genere constet, quid sit conventio: est enim contractus species conventionis, *leg.* 1. §. 3. *leg.* 7. *de pact.* Conventio seu pactio (idem enim hæc duo, & item pactum in genere sumptum, valent) est duorum vel plurium in idem placitum, consensus, definitore Ulpian *dict. leg.* 1. §. 2. *de pact. leg.* 3. *de pollic.* In idem, idest, in eamdem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, prout placuit. 5. Conventionum duæ sunt species: aut enim ex *publica* causa fiunt, aut ex *privata*, *leg.* 5. *de pact.* De publicis tractare non est hujus loci. Privata conventio, aut nuda est, aut non nuda, *dict. leg.* 7. §. 1. 2. & 4. *de pact. l.* 10. *Cod. eod. l.* 15. *de præscr. verb.* Non nudam conventionem Doctores vulgo vestitam & pactum vestitum appellant, verbo magis quam sensu inconcinno. 6. *Nuda* conventio est, quæ in nudis placiti & conventionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem, *dict. leg.* 7. §. 1. 2. & 4. *de pact. l.* 27. *C. de loc.* In libris nostris etiam pactum simpliciter & passim appellatur, *d. l.* §. 4. & *seqq. l.* 10. *C. eod. l.* 14. *de præscr. verb. d. l.* 27. *C. de loc. l.* 1. *C. de pact. conv. l.* 5. *C. de contr. stipul. l.* 5. §. 2. *de solut.* Appellatur pactum nudum, quia solum pactum est, nihil amplius. *l.* 23. *C. de pign.* nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, nudam proprietatem &c. dicimus. Græcis ψιλὸν σύμφωνον. Quod definiunt, ψιλὰ μὲν πραχθῆναι δίκας, ἐπὶ μέντοι ἀγωγὴν δίκης. Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur; *d. l.* 7. §. 4. & *seq. l. divisionis*, 45. *de pact. l.* 8. *l.* 150. *de præscr. verb. l.* 10. *l.* 21. *l. si certis*, 28. *C. de pact. l. sive apud*, 28. *C. de transact. l.* 3. *C. de rer. permut. cum similibus.* Immo proverbii vice olim jactarum fuisse, *ex pacto actionem non nasci*, indicant Impp. in *d. l.* 10. *C. de pact.* & *d. l.* 1. *C. de pact. conv. tam. sup. dot.* & *ideo omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit*, ut ait Paul. 2. *sent.* 22. §. *ult.* Cæterum quæ pacta liberationis causa interposita sunt, jure Prætorio exceptionem pariunt; *d. l.* 7. §. 4. & *seqq. l.* 13. *d. l.* 28. *C. eod.* &c. Nimirum conditores juris Romani hujusmodi conventionibus vim coactricem subtraxerunt, ut sola paciscentium fide staretur, honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius esse existimantes, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei, & probitati, quam omnia vinculis legum & non necessitate adstringere. Quo pertinet locus Cornificii *lib.* 2. *ad Herenn. Pacta sunt, quæ sine legibus observantur ex conventione, quæ etiam jure præstari dicuntur.* Cui similis est apud Ciceronem *lib.* 2. *de invent.* Et explodendi, ut ἀτακτοῦσι, qui negant potestatem civilem constituere posse, ut non nisi sub certo modo & forma obligatio ex consensu nascatur. Quæ de re uberius disseruimus in tractatu de pactis, quem nuper edidimus, *c.* 5. & 6. ubi etiam nova opinionum circa hoc argumentum monstra profligamus. Excipiunt ex hoc genere pacta duo; quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente simplici forma conventionis speciatim ad efficaciam obligationis sunt confirmata vel jure civili, quæ pacta dicuntur legitima, *l.* 6. *de pact.* quale est verb. caus. pactum donationis, *l. si quis*, 35. *C. de donat.*, item quo dos constituitur, *l.* 6. *S. de dot. prom.* vel jure Prætorio, ut constitutum, & conventio de pignore, *l.* 1. & *passim de pec. constit. l. si tibi*, 17. §. 2. *de pact. l.* 1. *de pign. act.* Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adjecta, quæ his contractibus tamquam pars eorum inesse creduntur, *l.* 7. §. 5. *de pact. l.* 13. *C. eod.* Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpositum est,

est, competit, *l. fundi*, 79. *de contr. empt. l.* 6. §. 1. *de act. empt. l.* 11. *C. de publ.* Cæterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primum enim non quævis pacta huc pertinent, sed ea dumtaxat, quæ sunt κατα * φύσιν συμπλέγματος, secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt, aut contractum promovent, *d. l.* 7. §. *quinimmo*, 5. *& seq. de pact.* & ibi comm. *DD. l. pacta* 72. *de contr. empt.* Unde Jason ait, pactum, quod est contra naturam contractus non vestiri cohærentia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune est, ut pacta quantumvis ex continenti adjecta, contractibus insint, & actionem pariant; sed proprium contractuum bonæ fidei: neque tamen omnium ex æquo, sed maxime eorum, qui solo consensu itidem, ut pacta, constant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac disputatione proferuntur, videre est plerisque locis modo citatis. Qui tamen contractus, cum sint bonæ fidei, solo consensu non consistunt, sed re perficiuntur, ut commodatum, depositum, iis pacta, quorum substantia in solo consensu tam facile inesse & incorporari, ut sic loquar non possunt, nec alia exempla pactorum, quæ hujusmodi contractibus insint, occurrunt, quam quæ de dolo, culpa, aut casibus fortuitis præstandis interponuntur, *l.* 5. §. *interdum*; 10. *commod. l.* 1. §. *sæpe*, 35. *depos. l.* 23. *de reg. jur.* præter exemplum de præstatione usurarum in deposito irregulari, *l. Læcius*, 24. *& 3. seqq. depos.* 8. Quod attinet ad contractus stricti juris, Bachov. ad Treutl. *disp. de pact. thes.* 10. putat, distinguendum inter contractus, qui re fiunt, ut mutuum; & qui verbis, ut stipulatio, pacta mutuo adjecta ad obligandum & agendum non prodesse, propterea quod re obligatio contrahi non potest ultra id, quod datum est, *l. si tibi* 17. *in pr. de pact. l.* 11. §. 1. *de reb. cred.* ad hæc nullas in mutuo esse præstationes doli aut culpæ, & si qua de his pactio fiat, eam esse extra naturam contractus: denique ob eamdem causam, & quia præterea stricti Judicii est, nec usuras ex mutuo citra stipulationem exigi posse, *l.* 3. *C. de usur.* Quod autem quibusdam casibus usura pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto debetur & peti potest, *l. etiam* 30. *de usur. l.* 5. *& l.* 7. *de naut. fœn. l.* 12. *C. de usur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hæc pacta adjecta sint, & proinde mutuo insint, sed quia speciatim & nominatim jure civili confirmata sunt: esse enim pacta legitima. Stipulationis vero diversam causam esse: licet enim & ipsa contractus sit stricti juris, & ideo non facile extensionem recipiat, tamen quia verbis perficitur, magnamque in eo cum pactis affinitatem habet, *d. l.* 7. §. *quod fere*, 12. *de pact.* facilius admissum esse, ut pacta in continenti facta stipulationibus continerentur, iisque inesse intelligerentur, *arg. l. lecta*, 40. *de rebus cred.* nec obstare *l. quicquid* 99. *de verb. obligat.* Nam quod pacto stipulationi statim subjecto placuit, id perinde habendum, ac si verbis stipulationis expressum esset. Quæ licet probabiliter a Bachovio disputentur, verior tamen mihi videtur sententia Cujacii, Busii, in *d. l.* 7. Donelli in *d. l. lecta.* 40. & in *l.* 13. *C. de pact.* qui etiam stipulationem hinc removent. Neque enim frustra est, quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim additur *in bonæ fidei judiciis*, *d. l.* 7. §. *quinimmo*, 5. *d. l.* 13. *de pact.* Quorsum enim hæc adjectio *in bonæ fidei judiciis*, nisi ut intelligamus, in strictis judiciis non idem jus esse? Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi, *l. mora.* 32. §. 2. *de usur.* hoc significatur, deberi in bonæ fidei, non stricti juris judiciis, *l.* 3. *C. de usur.* Similiter cum dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, *l.* 3. *de resc. vend.* hoc dici intelligimus, in his solum inesse, non etiam in strictis judiciis; nam in strictis non veniunt exceptiones, nisi nominatim contestatæ, *l.* 9. *l. ult. Cod. de except.* Et certe ineptum esset ac supervacuum, de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur. Nec ullum in libris nostris locum reperio, quo probari possit, pactum stipulationi appositum actionem parere, aut legem stipulationi dare, actionemve ex stipulatu formare, ita stipulationi inesse, ut ad id, quod pacto comprehensum est, ex stipulatu agi possit, pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. lecta.* 40. cum pactum subjectum stipulationi inesse dicit, non significat, id actionem parere, cum in casu illic proposito non id pacto agatur, ut quid detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur; quale pactum ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest. Alii nec mutuum hinc removendum putant, quorum sententiam late tuetur Gœdd. *de cont. stipul. cap.* 8. *concl.* 2. Nos susius hæc exequimur in eo, quem modo dicebamus, tractatu de pactis, *cap.* 9. *& seqq.* VINN. Sed rem tamen clarissimam puto, si leges conferas. Hæ distinguunt, utrum in continenti adjiciatur pactum contractui stricti juris, an ex intervallo, itemque, addatne obligationi, aut detrahat. Si in continenti adjectum obligationi detrahit, inest contractui ex parte rei, ut plus ab eo peti nequeat; ex. gr. si decem dedi, & novem debeas, non nisi novem debebis *l.* 11. §. *ff. de reb. cred.* Sin in continenti adjectum addit obligationi, tunc non inest ex parte actoris, nec actionem parit; ex. gr. si decem dem, ut viginti debeantur, tunc non nisi decem debentur, *l.* 17. *ff. de pact.* Pacta ex intervallo adjecta sive addant, sive detrahant obligationi, non insunt contractui stricti juris, nec ipso jure tollunt obligationem quamvis exceptionem producant. Conf. Vir Clariss. Gerard. Noodt *de Pact. & transact. cap.* 12. HEIN. 9. Conventio non nuda sive vestita est, quæ puri placiti fines egreditur; quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile factum sit, *d. l.* 7. §. 2. *de pact.* Hæc conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definio: Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam. Definitio tantum non iisdem verbis proposita *d. l.* 7. §. 1. *& 2.* Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent, ex quo gente sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus *nominati*, & obligationem actionemque certo jure producunt, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens; sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæ conventiones ob frequentiorem usum talem accepere vim ac naturam; quæ etiamsi nihil spe-

cialiter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur, 2. Grot. 2. *de jur. bell. & pac.* 12. *num.* 3. Alterum genus est earum conventionum, quæ nomina quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa ut hoc exprimit Jurisconsultus *d. l.* 7. §. 2. Et hæ quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Causam definio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi, aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres; uti & Jurisconsultus *d. l.* 7. §. 2. ipse hoc explicat, & innumeris locis significantur, *l.* 5. *per tot. l.* 8. *l.* 15. *de præscr. verb. l.* 7. *l. si profunde*, 33. *Cod. de transact. l.* 6. *Cod. de rer. perm. & simil.* alias negotium dicitur, *d. l.* 15. *de præscr. verb.* & negotium civile, *l.* 21. *de æstim. act.* est, tale quod constituit αὐθεντικὸν: unde obligatio & actio civilis, ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, qua paciscentes movit: nam talis causa etiam in nudis pactis est: ut dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum: dabo tibi equum, tu mihi insulam facies: dabo tibi partem bonorum ut a lite discedas. *l.* 21. *Cod. de pact. l.* 28. *Cod. de transact.* Videamus autem ne definitio contractus a nobis proposita nimis lata sit. Nam Labeo in *l.* 19. *de verb. signific.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem, id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loc.* expresse a contractu distinguit. Sed animadvertendum est, Labeonem eo loco non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio, sed quid Prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, actum, contractum, gestum. Nam cum hæc singula per se posita & vi sua generalia sint, apparet, Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia Prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractum, quæ mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus in eo non consistere, ut ultro citroque obliget, sed non minus proprie si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventione obligentur, contractum dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum: id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio, *hoc text. & in l.* 1. *pod.* exposita, *item in l.* 1. §. *penult. de pact.* Apparet autem ex disputatione Ulpiani, in *d. l.* 7. §. 1. *l.* 7. §. 1. *de pact.* unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant: tamen neque in proprium nomen transeunt, nec causam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem; utique si per se spectentur illa sine adminiculo legis, hæc sejuncta a contractu, in quo fiunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento *assistentiæ legis*, alterum *coherentiæ contractus*: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Quod etsi ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quam nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, *l.* 6. *l.* 7. §. 5. *de pact. l.* 10. *l.* 13. *Cod. eod. l. etiam* 30. *de usur. l.* 12. *Cod. eod. l.* 6. *Cod. de jur. dot.* 11. Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quæ stipularionis. Tantum memineri.nus, distinguendas esse promissiones serias, meditatas & utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per jocum & aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expresse cautum est *c.* 1. & *c.* 2. *x de pact.* & videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Connatus vir eruditione minime vulgari prædirus existimat, ne jure quidem gentium ex nuda conventione obligationem oriri, *lib.* 5. *comm. c.* 1. sed ei occurritur a D. Grot. *lib.* 2. *de jur. belli & pac. c.* 11.

Aut re contrahitur aut verbis, &c.) τὰ πρώτιστα primæ speciei, id est, earum obligationum, quæ sunt ex contractu sumpta a causis obligationem ex contractu proxime constituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam litteris: id est, obligationem tum demum producunt, cum vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenerit: quidam consensu fiunt, id est, præter consensum quomodocumque declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant. Itaque proposita divisio non sic accipienda est, quasi in ea obligationes, quæ consensu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur consensu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu sine consensu esse potest, *l.* 1. *pen. de pact.* sed ita, ut obligationibus, quæ non solo consensu fiunt, sed præter consensum rem, verba aut litteras requiruntur, oppositam intelligamus eam speciem, quæ solo consensu contrahitur nihil amplius ad constitutionem obligationis desiderans. Denominatæ enim sunt hæ species ab eo, quod cujusque proprium est, & unaquaque eminet.

Aut litteris) Hanc speciem obligationis videntur veteres comprehendisse sub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex litterarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam. Certe plurium, quæ ex contractu fiunt illi non meminerunt, quam harum trium, re, verbis, consensu, *l.* 1. §. 1. *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. §. 3. *de pact. l.* 8. §. 1. *de fidejuss. l.* 1. §. *de novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in usu fuisse constat ex tit. *Cod. de nov. num. pec.* VINN. Immo multo certius hoc genus contractus jam sæculo Christi 2. in usu fuisse, constat ex Caji *Inst. lib.* 11. *tit.* 9. §. 12. Alia hujus hujus contractus vestigia in ipsis Digestis deprehendit Galvan. *de usufr.* qui & observat, veteres illos qui species contractuum nominatorum recensentes litterarum obligationem omiserunt, eamdem sub verborum obligationibus comprehendisse. Et sane multo verosimilior est hæc Galvani, quam Vinnii nostri sententia, quia & in hac olim verba solemnia intercessisse, ex Theophilo ad tit. *Inst. de litt. obl.* patet. HEIN.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 12. Tit. 1. Lib. 13. Tit. 6. & 7. Lib. 16. Tit. 3. C. Lib. 4. Tit. 1. 23. 24. 34.

Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi & quæ obligationes huc pertineant?

HOc titulo exponitur prima ſpecies obligationum, quæ non ex ſolo conſenſu naſcuntur, ſed demum cum aliquis ad conventionem acceſſit, illæ nimirum, quæ naſcuntur ex contractibus, qui præter conſenſum, rei interventum ad perfectionem ſui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid ſit re obligationem contrahi, nulla certa definitione, ſed exemplis oſtenditur. Rectius feciſſent Compoſitores, ſi primum commoda aliqua definitione rem declaraſſent, ac tum ſingulas enumeraſſent ſpecies: nam utrumque ad genus aliquod & ſpecies ejus generis cognoſcendas eſt neceſſarium. Nunc & inſufficiens videtur enumeratio ſpecierum, & difficilis eſt omiſſarum inveſtigatio. Poteſt autem hæc obligatio ſic deſcribi. Obligatio re contrahitur, cum datum aliquod aut factum ad conſenſum accedens obligationem inducit. Rem enim hic generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque vero obligationes illæ ſolæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui hic memorantur, mutuo, commodato, depoſito, pignore, naſcuntur; ſed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non naſci conſtat, niſi datum aliquod aut factum ad conventionem acceſſerit, *l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 3. Cod. eod. l. 7. §. 6. de pact. l. 5. & paſſ. de præſcr. verb.* diſerteque Paulus in *d. l. 1. §. 2. de rer. permut.* hac nota permutationem diſtinguit ab iis contractibus, qui nudo conſenſu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen poſſunt veteres proprie & in ſpecie tunc obligationem re contrahi dixiſſe, cum res tradita vel in genere vel in ſpecie reddenda eſt: itaque ſolummodo quatuor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium eſt, mutuum, quod id agitur, ut res ejuſdem generis, commodatum, depoſitum, pignus, quibus agitur, ut eadem ſpecies reſtituatur, hoc retuliſſe, *l. 1. §. 2. cum 4. ſeqq. de obl. & act.* quod & Juſtinianus ſecutus ſit. Conventio reſtituendi titulo & nomine contractus incluſa eſt.

TEXTUS.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus conſiſtit, quæ pondere, numero, menſurave conſtat: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eædem res, ſed aliæ ejuſdem naturæ & qualitatis reddantur, inde etiam mutuum appellatum eſt: quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat; & ex eo contractu naſcitur actio, quæ vocatur certi condictio.

NOTÆ.

Re contrahitur) Ex Cajo *l. 1. de obligat. & act.* Re contrahi obligatio dicitur, cum datio aliqua aut factum ad conſenſum accedens obligationem inducit, *l. 2. §. 3. de reb. cred. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 5. §. 2. & ſeqq. l. 8. in fin. de præſcr. verb.* & proprie, cum res tradita vel in genere, ut in mutuo; vel in ſpecie, ut in commodato, depoſito, pignore, reddenda eſt.

Pondere, numero, &c.) Quoniam hæ res ita comparatæ ſunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præſtent; quod non item contingit in aliis quibus ideo in creditum ire non poſſumus, quia aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt, *l. 2. §. 1. de reb. cred.*

Certi condictio) Mutuum contractus eſt *πρόσλογος*, eum ſolum obligans, qui mutuum accepit, ac proinde una tantum hinc naſcitur actio, quæ appellatur certi condictio. Si ſtipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione, ſed ex ſtipulatione naſcitur, *l. 6. & 7. de nov.* ejuſdem tamen naturæ actio eſt, idemque nomen obtinet, *inf. tit. prox. in pr. l. 8. l. 24. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1. *Definitio mutui, ejuſque definitionis per partes explicatio.*
2. *Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo recte dentur?*
3. *Cur mutui datio dumtaxat conſiſtat in rebus conſumptibilibus?*
4. *Emendationem D. Salmaſii in* l. 2. §. 2. de reb. cred. *non videri neceſſariam.*
5. *Forma hujus contractus propria.*
6. *Singularia quæ hic recepta.*
7. *Finis & effectus, tum conſequentia.*
8. *Debitorem non prohiberi eamdem rem, quam accepit, in ſpecie reddere.*
9. *Commodum æſtimationis auctæ & incommodum diminutæ ad creditorem pertinere.*
10. *In æſtimatione ineunda, ſi debitor in eam condemnandus, cujus temporis aut loci ratio habeatur?*
11. *Speciale eſſe, quod nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi poſſunt.*
12. *Auctо aut diminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea æſtimatione, quæ eſt, cum ſolvuntur, ſecundum comm.*
13. *Eſſe quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur, de ſubſtantia non eſſe.*
14. *Etymon mutui.*
15. *Duplexne ſit, an una generalis certi condictio?*

1 MUtuum eſt contractus, quo res, quæ pondere, numero, menſura conſtant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Conſtituitur mutuum non ſolo ac nudo conſenſu, ſed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari, &c. quod Paulus ſic expreſſit, *mutuum non poteſt eſſe, niſi pecuniam proficiſcatur, l. 2 §. 3. de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra quam datum eſt obligatio contrahi poſſit, veluti ſi tibi dederim decem, undecim

decim reddas, non amplius quam decem condici potefunt, *l.* 11. §. 1. *eod. t. l. si tibi*, 17. *de pact.* Quod si simpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec σχεδίαγμα habens, ac proinde nec eum, qui se daturum promisit, extra stipulationem jure civili obligat, *per vulgat.* Plane si pecunia apud aliquem jam sit, v. g. ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri, & converti in causam mutui fictione brevis manus, *l.* 9. §. *ult. de reb. cred.* In hoc igitur causam efficientem & simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpe etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

Quæ pondere, numero, mensura) Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. 2. Non autem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. possunt: alioqui nihil fere esset, in quo mutuum non consisteret. Aliud scilicet est, pondus, numerum, mensuram habere, aliud, ex pondere, &c. constare. Glossa *in l.* 1. §. 1. *de reb. cred.* negat, panes ad numerum mutuo dari posse, quod alii contra simpliciter affirmant, sed recte Bart. *in d. l.* 2. §. 1. sic distinguendum censent, ut si panes limitatam in civitate quantitatem habeant, id est, definitum pondus, possit in his mutuum consistere ad numerum: sin minus, non nisi ad pondus. 3. Ideo autem in his rebus dumtaxat mutui datio consistit, *quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quod functionem eodem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie*: id est, quoniam hæ res natura ita comparatæ sunt, ut alia aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta non aliud, sed idem quod creditum est, videatur redditum: quod secus est in cæteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur: & mutuo tantundem præstent: ideoque si non eadem res, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis redderetur, aliud pro alio solveretur, quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paul. *d. l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* 4. Doctiss. Salm. *l. de usur. c.* 1. textum emendat, & pro *functionem recipiunt*, reponit, *suffectionem recipiunt*; ne bis idem dici videatur, cum idem sit, ut ait, solutio, quod functio. In quo viro clarissimo assentiri non possum. Primum quia functionis verbum latius patet quam solutionis, & ad omnia refertur, quæ vi mutua tantumdem præstant, aut quorum alterum alterius vicem explet, *l.* 6. *de reb. cred.* etiam ubi nulla intervenit solutio, veluti cum pignoribus fungi dicimur in vicem satisdationis, *l.* 7. *de præt. stip.* vel noxæ deditione fungi, *l. liber homo*, 37. §. 1. *ad l. Aquil.* §. 2. *Inst. de noxi act.* Deinde quia Jurisconsultus ita ut ibi loquitur, loqui non potuit, nisi & quod acceptum in specie redditur, recte dicatur suffici. 5. Sed in his non sunt positæ opes Græciæ. Forma hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive dominii rerum in accipientem translatione. Idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit: *Quod de meo tuum fiat*, *d. l.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Ex hoc autem intelligimus, & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is qui accepit dominus fiat, *dict. l.* 2. §. *pen. l. in omnibus* 55. *l. de oblig. & act.* junct. *l. si ego*, 18. §. 1. *de reb. cred.* 6. Enimvero si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti nomine retineas, obligaveris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item si lancem tibi vendendam dederim, ut nummis utereris, perinde mihi obligaberis, ac si vendidisses ipse, pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus. Auctore Ulp. in *l.* 11. & *l.* 1. *de reb. cred.* Quam quam difficilior videtur Africanus in *l. qui negot.* 34. *mand.* vid. Cujac. *tract.* 8. *ad Afric.* Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si verb. caus. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis mutuum confirmetur, & condictio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti, præstat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata præstet consumptio, *l.* 11. *in fin.* & 2. *l.* 19. §. 1. *de reb. cred. l.* 17. *de solut.* Finis est, ut is qui rem mutuo accepit, pro commodo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere, (quo æque bonam quoque intelligimus) creditori reddat, *d. l.* 2. *in princ. de reb. cred. l.* 1. §. 2. *de obl. & act.* quod ipsum natura obligationis mutui continetur; licet de eo nihil nominatim convenerit, *l.* 3. *de reb. cred.* Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Unde est, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, §. 2. *hoc tit. l.* 1. §. 3. *de obl. & act.* nimirum duplici de causa: tum quia regulare est, ut res pereat suo domino, *l.* 9. *C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est, genus autem numquam perit, *l.* 11. *C. si cert. pet.* Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi condictio, *hoc text. in fin.*

Numerando, metiendo &c.) Quod si v. c. obsignatæ dentur custodiendæ, naturam cujusque corporis imitantur, & tum depositum est.

Ut accipientium fiant) Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis fiant, *l.* 1. §. 2. *de obl. & act. l.* 2. *de reb. cred.* Cujus rei ratio est, quia nisi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam usus earum sine consumptione plane nullus est.

Non eadem res). In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato, deposito, pignore, sed alia ejusdem generis, seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eamdem speciem, sed idem genus, *d. l.* 1. *de reb. cred.* alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Secundum quod Ulpianus respondet, non alienari nummos, qui sic dantur, ut restituantur, *l. qui sic.* 55. *de solut.* 8. Quod tamen non eo pertinet, ut non liceat debitori eamdem speciem, quæ accepta est, si forte ea usus non sit, creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc fit contra conventionem, ut putabat Azo: nam totum hoc solius debitoris gratia cautum intelligitur, ut scilicet ille re mutua utatur, si velit: sin autem usus non sit, nihil prohibet, quominus eamdem reddat, dum reddat non deteriorem: sic enim vel maxime res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solum hujus contractus obligatio exigit, Joann. Bart. *in d. l.* 2. *num.* 3. Zas. *num.* 9. Don. *num.* 5. Porro dum res redditur ejusdem generis, eademque bonitate, idque eo loco ac tempore, aut alias ante limitate contestatam: quantacumque sit præsens æstimatio, debitor liberatur, ita ut æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat, sed & auctæ commodum & incommodum deminutæ pertineat ad creditorem, per *l. vinum*, 22. *rebus credit.* quippe æstimatio extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia

ut inopia, quam bonitate, Don. *ad d. l. 3. num. 5. & seq.* At enim æstimatio, quia credita non est, pro reddita invito creditori obtrudi non potest, *arg. d. l. 2. §. 1. l. 1. de rer. perm.* DD. Comm. in *d. l. vinum* 22. Wesemb. *part. de re reb. cred. num.* 12. quamvis contrarium usus servet. Merul. *leg. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 22.* 10. Quod si tamen necesse sit condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem, quia forte res præstari non possit, aut commutata præcedentis temporis æstimatio: quam æquum sit actorem consequi, in ea ineunda tempus litis contestatæ spectandum erit, &, si mora facta sit, quantum æstimatio postea crevit, præstandum, *p. leg. unum. 22. leg. ult. de cond. ex tic. l. quoties 59. de verb. obl. l. 37. mandat.* 11. Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quod eos necesse non sit reddi in eadem forma aut materia, nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus sit *l. creditorem, 99. de solut. arg. l. quæ extrinsecus 65. §. 1. de verb. obligat.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum, cum verb. caus. pro aureis creditis tot argentei reddi sunt, qui eamdem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valet decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æstimatur, quam ex hominum instituto seu valore impositò. Id est in nummis non tam inspicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam potestas, valor, seu æstimatio, *l. 1. de contr. empt.* ut proinde qui aureum debet, non præcise corpus hujusmodi debere intelligatur, sed potius ipsius valorem, seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senec. *6. de benef. c. 5. Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.* Cæterum ita demum nummos mutuo acceptos solvere in alia forma aut materia licet, si id fiat sine injuria creditoris: si damnum ex ea re passurus sit creditor, non licet juxta responsum Pauli *d. l. creditorem 99. de solut.* 12. Atque hinc pendet decisio nobilissimæ quæstionis; si post contractum æstimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in solutione faciendâ spectare oporteat valorem, quem habebant tempore contractus, an qui nunc est tempore solutionis: intellige, si nihil de ea re expresse dictum sit, neque mora intervenit, Car. Molinæus *tract. de usur. n. 639. & seq.* Hotomann. *illustr. qu.* 25. Don. *ad d. l. 3. de reb. cred. num.* 10. & 11. contendunt, tempus contractus inspiciendum esse, id est, ea æstimatione nummos reddendos, non quæ nunc est, sed quæ initio fuit, cum dabantur. Nimirum nihil illi in pecunia numerata præter æstimationem considerandum putant, totamque nummi bonitatem in hac ipsa æstimatione consistere; ac proinde creditori non facere injuriam qui eamdem æstimationem, quam accepit, reddit; tantum enim reddere eum, quantum accepit, quod ad solutionem mutui sit satis. Itaque secundum horum sententiam, si 100. aurei mutuo dati sint, cum aureus valebat asses 50. reddantur autem, cum singuli valent asses 55. debitor reddens creditori aureos 90. aut in singulos aureos 50. asses, reddit quantum accepit, & liberatur, & vicissim si imminuta sit ad eumdem modum aureorum æstimatio, non liberatur, nisi reddat aureos 140. aut in singulos aureos asses 55. Barthol. vero in *l. Paulus 101. solut.* Bald. *in l. res in docem 24. de jur. dot.* Castr. *in l. 3. de reb. cred.* & DD. comm. ut videre est apud Boer. *decis. 327.* contra censent, spectandum esse in proposito tempus solutionis, id est, aucto vel deminuto nummorum valore, ea æstimatione reddi eos oportere, non quæ tunc fuit, cum dabantur, sed quæ nunc est, cum solvuntur, neque aliud statui posse sine creditoris aut debitoris injuria. Quæ sententia, ut mihi videtur, & verior & æquior est: Nam quod contrariæ sententiæ auctores unicum urgent, in nummis non materiæ, sed solius æstimationis imposititicæ atque externæ, quam ob id vulgo extrinsecam nummi bonitatem vocant, rationem duci, nummumque nihil aliud esse, quam quod publice valet, veteor, ut simpliciter verum sit. Utique enim materia numismatis fundamentum est & causa valoris; quippe qui variatur pro diversitate materiæ, oporterque valorem hunc justa aliqua porportione materiæ respondere; neque in bene constituta re. nummo ea æstimatio imponi debet, quæ pretium materiæ, ex qua cuditur, superet, aut superet ultra modum expensarum, quæ in signanda pecunia fiunt; quod ad singularum specierum valorem parum addere potest. Vid. Covarruv. *de vet. coll. numism. c. 7. n. 7.* Sed hoc ad actus & præstationes privatorum pertinet. Illuc pertinet, quod si dicimus, creditis nummis nihil præter æstimationem eorum creditum intelligi, necessario sequitur, creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere, contra definitionem Pauli in *d. l. 99. de solut.* etiamsi damnum ex eo passurus sit: nam, qui recipit, quod credidit, nihil habet, quod conqueratur. Sequitur & hoc, si contingat mutari nummorum bonitatem intrinsecam, id est, si valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quam ex qua cusi, qui dati sunt, puta si qui dati sunt, cusi fuerint ex puro auro, postea alii ferantur ex auro minus puro & mixto ex ære, debitorem restituendo tot mixtos & contaminatos, quot ille puros accepit, liberari cum insigni injuria creditoris, & contra Interpp. pene omnium doctrinam, qui hoc casu solutionem faciendam esse statuunt ad valorem intrinsecum monetæ, qui curreb. tempore contractus, testibus Gail. *2. obs. 73. n. 6. & 7.* Borcholt. *de fund. ad c. un. quæ sunt regal. n. 62.* Illud enim maxime in hac disputatione considerandum est, quoniam hic finis nummi principalis est, ut serviat rebus necessariis comparandis, auctore Aristotele *1. Polit. 6.* quod mutata monetæ bonitate sive extrinseca sive intrinseca, pretia rerum omnium mutentur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum crescant aut decrescant: quod ipsa docet experientia; eoquo facit *l. 2. & de act. n. pot. l. 11.* Crescunt rerum pretia, si deterior materia ejecta aut manente eadem materia, valor auctus sit: decrescunt ejectu materiæ melioris, aut si eadem bonitate materiæ, manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus, dum sibi persuadet, ex augmento valoris aurei aliquid sibi lucri accedere. Hoc autem fundamento posito, siquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut si bonitas monetæ intrinsecæ mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositicius; tempus solutionis in solutione faciendâ spectari debeat. Atque ita sæpissime judicatum est. Boer. *decis. 327.* Ann. Robert. *l. 1. rer. jud. cap. ult.* Mynsi. *4. observ. 1.* Gail. *observ. n. 6. & seqq.* Borcholt. *ad d. c. un. quæ sunt regal. n. 58. & seqq.* Christin. *vol. 3. decis. 1. n. 2.* D. Luc. Coren. *decis. hui. sup. Holl. 23.*

Ejusdem naturæ & qualitatis) 13. Id est, ejusdem generis & eadem bonitate Luc. *cap. 6. vers. 34.* δανείζουσιν ἵνα ἀπολάβωσι σὰ ἴσα. Atque horum alterum ut res ejusdem generis redduntur, mutuo essentiale est, *l. 2. de reb. cred.* alterum, ut eadem bonitate, neutra quidem mu-

mutui continetur, sed de substantia sive essentia mutui non est, *l. 3. eod.* Itaque prius pacto mutari non potest, quin in alium contractum res abeant. Nam si hoc actum, v. c. ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino redderetur, non mutuum, sed permutatio est, *l. pen. C. de rer. perm.* sive contractus. Do ut des, *l. 5. §. 1. de præscr. verb.* Posterius potest salvo manente mutuo, ad cujus substantiam hoc solum requiritur, ut debeatur idem genus, *d. l.2. argum. d. l.3.* junct. *d. l.5. §.4.* Quæ in contractibus sint substantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia, ex communi sententia tradit Gab. Budæus *tract. de contr. empt. part.5. n.13. & seqq.* Phil. Matth. *ad l. 27. de reg. jur.* Bellon. *1. supput. cap. 5.*

Ut ex meo tuum fiat) 14. Bella hæc Jurisconsulti in *d. l.2. §.2.* allusio est, non vera hujus verbi originatio, quod Varro *l.4. de Ling. Lat.* a voce Siculapar τὸ deducit: *Si datur*, inquit, *quod redditur, mutuum est*, *quod Siculi* μεῖ τὸν. Sed & hoc ipsum videtur esse ex μεῖ & τὸν pro τῖον. Grot. *Flor. spars.* De quo plura D. Salmasius *l. de usur. cap. 1.* Cave autem credas, quod idem ibidem asserit, in mutuo de meo tuum non fieri. Immo nisi de meo tuum fiat, non est mutuum, *d. l.2. & passim de reb. cred.* sed vide notata sub §. *ult. sup. quib. alien. lic.* D. Cujac. 11. *observ.* 37. a mutatione potius dictum existimat, quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur: quo etiam alludere videtur Cic. in epist. quadam ad Q. Metellum his verbis: *Quod autem scribis pro mutuo inter nos animo; quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Sed & verbum mutare a Siculo μεταὶ suum fecisse videntur Latini. D. Salmasius *d. loc.*

Quæ vocatur certi condictio) Mutuum contractus est μονόπλευρος, ex uno tantum latere obligationem pariens, non ultro citroque; nam is solus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adversus hunc mutuanti datur illa actio, quam Justinianus ait vocari certi condictionem. 15. De hac condictione magna est, licet non adeo magni momenti, quæstio, utrum scilicet specialis ea sit, an generalis; id est, utrum condictio certi ex mutuo propriam & distinctam naturam ab aliis certis condictionibus habeat, an sit ejusdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque causa competant, sub communi genere condictionis certi contineatur? Prius placet Interpretibus Ultramontanis, duplicem certi condictionem statuentibus, unam speciadem, quæ competat ex causa mutui, (addunt aliqui & eam, quæ competit ex causa stipulationis, *infr. de verb. oblig. in princ.*) alteram generalem, quæ competat ex causis & obligationibus cæteris, ex quibus certum debetur; quam superiori, ut speciem diversæ naturæ, opponunt Accurs. Bart. Castr. Jas. in *l.9. de reb. cred.* Cyn. Salic. ad *rubr. C. si cert. pet.* Posterius vero Ultramontanis visum est, qui unum dumtaxat commune genus certi condictionis agnoscunt, sub quo tam ea, quæ ex mutuo aut stipulatione, quam quæ ex aliis causis competit, contineantur, & ejusdem naturæ: quæ sententia verior est, per *l.24. de reb. cred.* 35. §.2. *de oblig. & act. A. l.9. de reb. cred.* qui locus aperte ostendit, in genere unam esse certi condictionem, in quo, quæcumque sit causa petendi, petitio omnis certi conveniat, sive petatur ex mutuo, sive ex stipulatione, sive ex causa legati, sive ex causa furtiva, &c. Quod si pro diversitate causæ agendi, quod medium concludendi Bartholus vocat, condictionem certi distinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus species statuendæ, quot sunt causæ agendi propriæ. Putavit Bartholus, condictionis certi ex mutuo hoc proprium esse, quod in ea instituenda speciali modo concludendi utendum sit, videlicet quia mutavi: in cæteris vero speciebus, & condictione certi generali sufficere, si dicam me certum petere. Quod falsum est. Utique enim cum, exempli gratia, centum peto ex causa legati, utroque in eo condictione certi, concludere debeo, quia mihi legata, ut actio speciem futuræ litis demonstret, *arg. l.3. Cod. de edend.* Zas. *ad d. l.9. de reb. credit. n.9. & sequ.* Don. *ibid. n.4. & seqq.* Gœdd. *de contr. stip. c.11. concl.2.* VINN. Recte quidem dicitur condictionem certi esse actionem generalem, quæ ex omnibus causis, unde certum debent, competit. Sed tamen cum mutuum sit contractus nominatus, cujus natura est, ut actionem producat cognominem; genuinum actionis ex hoc contractu nascentis nomen est *actio mutui*, *l. 5. Cod. quib. non obj. long. temp. præscr.* quemadmodum ex stipulatione *actio ex stipulatu*, quamvis illa ab obligationis qualitate *condictio certi*, hæc modo *certi*, modo *incerti* cognominetur. HEIN.

TEXTUS.

De indebito soluto.

1. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.*

NOTÆ.

1. *Per errorem)* Recte *per errorem*, nam qui sciens se non debere solvit, non repetit, *l. 1. §. 1. l. 26. §. 3. de cond. ind.* propterea quod donasse censetur, *l.53. de reg. jur.* Errorem an facti dumtaxat intelligere debeamus, an etiam juris, v. *inf. de obl. quæ qu. ex contr. §.6.*

Ac si mutuum accepisset) Quod Cajus sic expressit, *eadem actione teneatur, qua debitores creditoribus, l.5. §. 3. de oblig. & act.* Unde Cujac. 8. *obs.34. & par. C. de cond. ind.* solutionem indebiti factam in iis, quæ ponderе, numero, & constant, promutuum vocat. Quod si aliæ res solvantur, quibus in creditum non itur, promutuum non est: & agendum sola condictione indebiti.

Non videtur ex contractu) Vid. *inf. de oblig. quæ caus. ex contr. §. 6.*

COMMENTARIUS.

PEr occasionem disputationis de mutuo subjicitur hic aliquid de indebito per errorem soluto, ut ex textu apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congessit Cujac. 8. *observ.* 34. Duo hic referuntur, ut statim videbimus.

Cæ-

Cæteroquin non est hujus loci proprium tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi a debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur suo loco. Plane si quis dubitans nominatim hac lege solverit, ut si postea appareret esse indebitum, redderetur, hoc casu magis est, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur) Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid solutum sit, sive naturaliter datum & præstitum solutionis causa, tamquam debitum.

Condictitia actio) Idest, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio, *l. si quis, 14. de reb. cred. l. 7. de cond. cadat. §. 24. & seq. infr. de act.*

Perinde ac si mutuum) Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus, quarum hic fit mentio. Sic Cajus in *l. 5. §. 3. de obl. & act.* scribit eum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus; ubi debitorum & creditorum nomen stricte ad mutui duntaxat causam refertur. Enim vero & qui *indebitum* accepit, & qui mutuum, renentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur *condictio certi*: cæterum pro causæ petendi diversitate sunt etiam hæ diversæ species condictionis certi, *condictio ex mutuo*, & *condictio indebiti*: differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione objecti, siquidem mutuum earum tantum rerum est, quæ pondere, numero, mensura constant: solvi autem per errorem quasi debita etiam quævis alia possunt, & soluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non satis causæ video, cur solutionem indebiti *promutuum* Cujac. vocet.

Unde pupillus, &c.) Altera indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, *l. 59. de obl. act.* ita nec accipiendo pecuniam indebitam; nisi solutione factus sit locupletior, *l. 13. §. 1. de cond. ind.* quod generale est, *l. 5. de auct. tut. l. 4. a. 4. de dol. exc.*

Non videtur ex contractu) Ideoque melius a Cajo collocatur in earum classe, quæ quasi ex contractu nascuntur, *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Sed & a Justiniano ob hanc causam infra in eodem ordine repetita est, *t. 28. hujus lib.* ubi nos etiam accuratius de ea disputamus.

TEXTUS.

De commodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat: namque non ita res datur, ut ejus fit: & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur: Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, pergere tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris; dubium non est, quin de ea re stituenda ea re teneatis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utendæ data est: alioqui mercede intervenient locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.*

NOTÆ.

2. *Item is, cui res, &c.*) Ex Cajo *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

Re ipsa restituenda) Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, *l. 8. & 9. commod.* qui mutuo, rem facit accipientis.

Qui mutuum accepit, si fortuito casu, &c.) Tum quia res regulariter perit suo domino, *l. 9. Cod. de pign. act.* tum quia mutui debitor generis debitor est, quod perire non potest, *l. 1. Cod. si cert. petat.* nam genus non est quid materiale, sed intellectuale, quod passionem non recipit.

Modo alius diligentior) Continet hic locus descriptionem diligentiæ summæ, cui opponitur culpa levissima, id est, cum quis alias mediocriter diligens in eo peccat, quod vir diligentissimus vitare potuisset. In summa commodatarius præstat & dolum & omnem culpam. Excipe species in *d. l. 5. §. 10. & d. l. 18. in fin. præc. commod.*

Nulla mercede) Commodare enim officii est & humanitatis, *l. 17. §. 3. commod.* Petron. *Sive ergo nobis vendis, quid peto, mercator paratus est: sive quod humanius est, commodas, effice, ut beneficium debeam.* Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *l. 1. §. ult. mand.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit commodare, & quid commodatum differat a precario?*
2 *Contractus quosdam esse περὶ δύο, quosdam διὰ δύο, alios medii generis.*
3 *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4 *Dolum in omnibus contractibus præstari, casum fortuitum in nullo, & quid utrumque? tum an periculi nomine semper casus veniat?*
5 *Inter casus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti esse solent, & qui isti ejus?*
6 *Quibus ex causis cesset regula de casibus fortuitis non præstandis?*
7 *Culpa quid & quotiplex? plenius quam vulgo.*
8 *Quid culpa lata, quæ & dolo proxima?*
9 *Quid culpa levis?*
10. *Quid levissima? ubi & alia minus trita?*
11 *Latam culpam non minus, quam dolum, in omnibus contractibus præstari, rejecta Zasii distinctione.*
12 *Qui contractus dolum duntaxat recipiant? qui vero & culpam? Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præstet, & diligentiam?*
13 *Positivos, exactus, diligens, sæpe pro superlativis, exactissimus, diligentissimus, in hac disputatione poni, & contra.*
14 *Quam culpam præstet commodatarius?*
15 *Quando culpa a commodatario abesse intelligatur?*
16. *Commodatum proprie nullum nisi gratuitum.*

SEcunda species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ *hoc titul.* recensentur, est obligatio commodati. Commodare est rem alicui gratis certo mo-

modo utendam dare. Est rem utendum dare: proinde non tantum res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit, *l. 1. §. 1. comm. 17. in pr. de præscr. verb.* Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantum accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia & non tantum proprietatem rei commodatæ, sed etiam possessionem retinemus, *l. 8. ff. h. t.* Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur, commodari non posse, nisi forte dicis causa ad pompam vel ostentationem, *l. 3. §. ult. l. 4. comm.* Quamquam auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant, pro mutuo dare scilicet. Cic. *Verrin. 5.* commodasti tritici modios sexaginta, Ut & mutuari pro commodato accipere, D. Salmas. *7. de usur.* Deinde etiam hoc, commodatarium eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere. Adijecimus *gratis*, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed aliud genus contractus, *hoc text. in fin.* Denique consulto addimus, *certo modo*, ut hac nota commodum (quod quidam etiam sic dictum putant, quasi cum modo datum) discerneremus a precario, quo quidem & ipsa res utenda datur & gratis, sed simpliciter, & ad certum usum, cujus rei hic effectus est, ut precarium statim cum videtur, revocare liceat, etiam tunc cum ad certum tempus datum est; commodatum non licet, nisi finito tempore utendi præscribitur, *l. 1. l. 2. l. 12. de præcar.* junct. *l. in commodato*, 17. §. 3. *commod.* Et quia precarium numquam transit in necessitatem obligationis, inde est, quod nec ulla jure civili eo nomine actio est, sed interdictum de precario introductum, *l. 14. de precar. l. 14. §. 11. de furt.* quod tamen cessat, cum quis de re sibi restituenda cautum habet, *l. 15. §. 3. de precar.* & tunc aget precario dans vel ex stipulato, si stipulatione sibi caverit; vel præscriptis verbis, si pacto, *l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. eod.* ubi vocatur conditio incerti quia contradicitur possessio rei precario rogatæ; vid. *leg. 15. l. 1. exceptionem*, 40. §. 1. *de cond. indeb.* Plane ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest: quippe cui licet non uti, & beneficio renunciare.

Re obligatur) Commodare non est convenire de re utenda danda, quod nudum pactum est, sed utendum dare & tradere; unde satis intelligitur, si qua hic contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi, sed re, *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

Commodati actione) Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatario actio quæri adversus commodantem, quæ contraria dicitur, sicut in deposito quoque & pignore usuvenit; item in mandato, negotiis gestis, & tutela; de quibus infra suis locis, Nimirum quod hic notandum est, contractuum quidam sunt μονόπλευροι, qui ex uno tantum latere obligant: quidem δίπλευροι, qui ultro citroque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec semper unus, nec semper uterque obligatur, quamvis & hi inter δίπλευρα numerentur, *supr. tit. de auct. tut. in princ.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio, quorum ex natura est, ut & ab initio ex uno tantum latere obligent eum scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutent. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas; ex quibus statim natura nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio. Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus; qui contractus natura comparati sunt ad unum dumtaxat obligandum, eum qui accepit videlicet; ut siquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio danteni itidem obligant: sed fit tamen in his sæpe ex postfacto & accidenti, ut contra ille quoque qui dedit accipienti obligetur, veluti si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per causam rei damnum passus sit, quas impensas refundi damnumque ei sarciri æquum est, *l. in commodato*, 17. §. 3. *in rebus* 18. §. 2. *l. pen. comm. l. si servus*, 31. *de pign. act. l. 5. depos.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depositarius, creditor pignoraticius tenentur, ut scilicet rem quam acceperunt restituant, nomen *directarum* acceperunt: quæ vero ex contrario ipsis accommodantur, de indemnitate eorum adversus commodantem, deponentem, debitorem, contrariæ dictæ sunt. Unde *tit. commodati vel contra, depositi vel contra*, &c. Idem quoque usuvenit in mandato & quasi contractibus mandato similibus, negotiorum voluntaria administratione, & tutela, *l. 5. in princ. & §. 1. de obl. & act.* (3) contrariæ actiones præter pecuniariam condemnationem ejus, quod agenti abest nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, sed tantum de indemnitate actoris; unde nec in litem in his juratur, nec damnatus ex ulla causa fit infamis, *l. 5. depos. leg. 6. in fin. de his quæ notant. infam. §. penult. instr. de pæn. temere litigant.* VINN. Singulare quid observatur in actione mandati contraria, ex qua damnatus mandans fit infamis eo casu, si quis mandante illo fidejussit, & ille tamen indemnitatem præstare renuit, *leg. 6. §. 5. ff. de his qui not. infam.* HEIN.

Ab eo qui mutuum accepit) Notantur ex Cajo *l. 1. §. 5. de oblig. & act.* duæ differentiæ inter mutuum & commodatum. Quarum prima est quod is qui mutuum dat, rem facit accipientis: is vero qui dat commodato, proprietatem rei retineat, *leg. 8. & seq. comm.* cui proinde eadem res in specie seu eadem eodem numero finito usu restituenda sit. (1) Altera, quod is qui mutuum accepit, fortuita amissione ejus, quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio sub *princ. hujus tit.* indicata est; commodatarius vero liberetur, si res sine facto ejus perierit, exemplo cæterorum debitorum, qui speciem aliquam debent, *leg. 5. de reb. cred. leg. si ex legati 23. de verb. oblig.*

Sane quidem exactam diligentiam) Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantum, sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæstio diffusa & perquam difficilis, cujus sedes in ff, est *l. contractus, 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. comm.* In Institutis hoc potissimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo, aliud si culpa debitoris, aliud si casu fortuito quid eorum, quæ diximus, contigerit. De dolo & casu facilis perceptio est, culpæ difficilior explicatio. Dolus est occulta machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita *l. 1. §. 1. de dol. mal.* Eum omnes contractes recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus præstatur, *d. l. 5. commod. d. l. 23. de reg. jur.* Cujus definitionis hæc sententia est. Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est a debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum esse debitoris, perindeque eum teneri, ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec conventione contrarium effici possit, videlicet ne dolus præstetur, cum talis conventio sit contra bonos mores, inviteque

ad delinquendum, *d. l.* 23. *de reg. jur. leg.* 1. §. 1. *illud*, 7. *depos. l. si unus*, 27. §. 3. *& de pact.* Plane de præterito dolo paciſci licet, & actionem quæſitam remittere, *l.* 7. §. *paliſcor*, 14. *d. l.* 27. §. 4. *de pact.* Caſus fortuiti contraria definitio eſt: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præſtatur, ita contra caſus fortuiti nullo judicio & a nemine præſtari dicuntur, *d. l.* 23. *de reg. jur. in fin. l.* 6. *C. de pign. act.* ubi verba illa, *in nullo horum fidei judicio*, adjecta non ſunt ad excludenda judicia ſtricti juris, per *l.* 23. *de verb. oblig. l.* 5. *de reb. cred.* ſed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus ſolius debitoris utilitas verſatur, cujus generis eſt commodatum. Nam ſi hic non præſtatur caſus, multo minus illic præſtari debet, ubi ſolius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus ſit ſtricti juris, ut bene Don. *ad d. l.* 6. *n.* 21. Caſum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non poteſt, aut cui præviſo non poteſt reſiſti, *l. in rebus* 17. *com. mod. l. ex conducto*, 15. §. 2. *loc. d. l.* 6. *C. de pign. act.* Alio generali nomine caſus & vis major dicitur, *l.* 13. *in fin. de pign. act. l. ſi merces*, 25. §. *vis major*, 6. *locat. l.* 1. §. 5. *de obl. & act.* item factum & damnum fatale, *l.* 16. *de rei vind. l.* 5. §. 4. *commod. l.* 3. §. 1. *naut. caud. ſtab. leg.* 2. *in fin. de peric. & comm. rei vend. cum ſimilib.* Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam caſum fortuitum intelligit, *l.* 4. *l.* 11. *de reb. cred. l.* 17. §. 1. 2. *pen. de præſcr. verb. l.* 12. *& 2. ſeqq. de peric. & comm. l.* 1. *C. commod. l.* 9. *Cod. de pign. action.* ſed non ſemper. Nam interdum etiam periculo noſtro res eſſe dicitur, in qua culpam præſtare & maxime leviſſimam nos oportet, non etiam caſum improviſum, *l.* 13. §. 1. *de lib. cau. l. qui mercedem*, 40. *locat. l. non ob eam* 25. *pro ſoc. l.* 14. 3. *qualis*, 16. *de furt. l.* 1. §. *ſæpe*, 35. *depoſ. l.* 3. *pr. naut. caup. ſtab.* & paſſim hæ phraſes occurrunt, *periculum cuſtodiæ ſubire, periculo culpæ vel negligentiæ ſubjici, adſtringi, illigari*, *l. un.* §. 4. *furt. adv. naut. l. tutores*, 39. §. *tutores*, 12. & *l. ſeq. de adm. tut. d. l.* 1. §. *ſæpe* 35. *de depoſ.* Sed & appellatione caſus & interdum negligentia ſignificatur. Cajus ſcribens ad legem 22. tabb. *Caſu*, inquit, id eſt negligentia, *l.* 9. *de incend. ruin. nauf.* quæ interpretatio confirmatur *l. capitalium*, 28. *de* §. *incendiarii*, 12. *verſ. non fortuita vel pœn.* & ita cape, *l.* 5. §. 2. *l.* 12. §. 2. *eod.* Caſus fortuiti varii ſunt, veluti a vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æſtus, frigoris, & ſimilium calamitatum, quæ cælitus immittuntur. Noſtri vim divinam dixerunt, Græci θεῖα βία, *l. ſi merces*, 25. §. *vis major*, 6. *locat.* item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum, ſchiſmata, incurſus hoſtium, prædorum impetus, &c. fugæ ſervorum, qui cuſtodiri non ſolent. Quæ ſpecies paſſim concurrunt, *d. l.* 23. *de reg. jur. d. l.* 5. §. 4. *l.* 18. *com mod. l.* 15. §. 2. *locat. d. l.* 3. §. 1. *neut. caup. ſtab.* His adde damna omnia a privatis illata, quæ quominus inferrentur, nulla cura caveri potuit, *l. ad eos* 19. *comm. l. ſi ea*, 31. *de act. empt. l. ſed de damno* 41. *locat.* (6) Ad caſus autem fortuitos non ſunt referenſii illi caſus, qui cum culpa conjuncti eſſe ſolent: cujuſmodi ſunt furta, *l. cum duobus* 52. §. 3. *in pro ſoc. l.* 24. §. 1. *de peric. & comm.* item incendia intrinſecus orta, *l.* 3. §. 1. *de off. præf. vig. l.* 11. *de peric. & comm. rei vind.* Quamobrem qui rem furto amiſſam, vel incendio, verbi cauſa ſervorum negligentia orto, conſumptam dicit, is diligentiam ſuam probare debet. Quod vero incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut a graſſatoribus vel incendiariis immitti-

tur, id inter caſus fortuitos numerari debet. *Vid.* Gail. Gail. 2. *obſ.* 21. Sande *lib.* 3. *tit.* 6. *num.* 9. Fachin. 1. *cont.* 87. Don. *ad l.* 6. *Cod. de pign. act. num.* 6. *& 3. ſeqq.* Sichard. *ibid. n.* 4. Moller. 4. *ſemeſtr.* 31. D. Tuld. *in comm. ad tit. de l. Aquil. cap.* 8. (6) Porro regula de caſibus fortuitis non præſtandis propoſita, certa & perpetua eſt; ubi nihil amplius debitori objicitur, quam caſus fortuitus: ceſſat autem, ſi aut mora caſum præceſſerit, aut debitor rei periculum in ſe ultro ſuſceperit. Etenim moræ intervenientis hic effectus eſt, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet ſententiam: ſi res debita poſt moram a debitore factam perierit, ipſius id detrimentum eſſe, perindeque eum perpetuo teneri, ac ſi res adhuc extaret, *l.* 23. *de verb. oblig. leg. nemo* 82. §. 1. *l. ſi ſervum*, 91. §. 3. *eod.* add. Chriſtin. *vol.* 2. *dec.* 117. Conventio quoque in negotio gerendo interpoſita de caſu præſtando facit, ut debitorem damna fatalia ſequantur, *l.* 1. §. *ſæpe* 35. *depoſ. l.* 23. *de regul. jur. l.* 1. *Cod. depoſ.* Medium inter duo illa extrema, dolum & caſum fortuitum, culpa eſt. Hæc neque unius eſt generis, neque quævis a quovis debitore præſtatur. Proinde quæſtio de præſtatione culpæ huc redit. primum ut norimus, quid ſit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ ſpecies, quibus in contractibus præſtentur. (7) Culpam definio omne factum inconſultum, quo nocetur alteri injuria. Facti nomine etiam quod omiſſum neglectumve eſt, intelligimus: nam & non facere quod facere oportet, culpa eſt, *l. ſi ſervum*, 91. *princ. de verb. oblig.* ſicut e contrario & negligentiæ adſcribitur, quod temere & inconſulte quis agit. Dicimus *factum inconſultum*, ut culpam ſecernamus tum a dolo, tum a caſu fortuito. A dolo, quia dolus non eſt ſine conſilio & propoſito nocendi, culpa eſt, παρὰ μίμησιν. A caſu fortuito, quia quod conſiderate & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti conſilio caveri poteſt: unde culpa alio nomine negligentia dicitur, *& ſeq. hoc tit. l.* 1. §. *is quoque* 5. *de oblig. & act. l. ſocius ſocio*, 72. *pro ſoc. l. cedere diem* 213. §. *ultim. de verb. ſign.* Græcis ἀμέλεια. Damna autem fatalia nec conſilio ſe regi patiuntur, nec humana prudentia averti poſſunt. Addimus *injuria*: nam quod jure permittente fit, non magis delictum eſt, quam id factum, quod alii non nocet, *l. Gracchus*, 4. *C. ad Jul. de adult.* Species culpæ quot ſint, & quid ſingulæ, in libris juris, quos habemus, ex profeſſo traditum aut explicatum non eſt; meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & leviſſimæ. Quamobrem tres haſce culpæ ſpecies, aut ſi mavis gradus, faciemus iiſdem appellationibus inter ſe diſtinctas, latam, levem, leviſſimam: nam & ex adverſo tot ſunt ſpecies ſeu gradus diligentiæ. Eſt enim diligentia quædam minima ſeu infima; eſt media, μέση ὀτιμιλεσία: eſt & maxima, quam Græci μεγάλην item ἄκραν, & ἀκριβεστάτην appellant. Vide Scholiaſt. Harmenop. *lib.* 6. *tit.* 2. Latam culpam e regione opponimus infimo gradui diligentiæ, ut ſit omiſſio ejus diligentiæ, quam omnes homines ſuis rebus adhibere ſolent: aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria. (8) Itaque in lata culpa eſt, qui non proſpicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo ſenſu communi præditi ſunt, provident & intelligent ſe cavere aut curare debere, *d. l. cedere diem*, 213. §. *ult. l. latæ*, 223. *de verb. ſignif. l. quod Nerva*, 32. *depoſ. leg. pen.* §. 2. *de jur. & fact. ign.* veluti ſi quis noctu ædium oſtia aut feneſtras, per quas de plano intrari poteſt, apertas reliquerit: aut ſi quis rem fidei ſuæ commiſſam

missam in loco publico aut eo, quo quivis accedere potest, incustoditam jacere patiatur, credens neminem venturum qui auferat. Ac eadem culpa peccasse, si quis rem, quam vendere debebat, corrumpi passus sit, *l. mulier*, 22. §. 3. 27. *SC. Trebell.* item potator arboris, qui non proclamans ramum in viam publicam dejicit, eoque ictum prætereuntem interficit, *leg. 7. ad l. Cornel. de sicar.* Alia exempla hujus culpæ habes in *leg. 8. §. ultim. & leg. 29. §. 3. mand.* In summa, quicunque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in sua faceret, hujus culpæ reus est. Dicitur & culpa latior, *dict. leg. 32. depos.* gravior, *leg. homo liber*, 54. §. 2. *de acq. rer. dom.* Item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia, *leg. magna*, 226. *de verb. sign. l. 7. §. 2. de adm. tut. l. 7. §. 1. de sup. tut. l. 29. princ. mand. l. cum sex*, 55. *de ædil. edict. l. 6. de jur. & fact. ignor. & passim per periphrasin culpa dolo proxima, l. 4. de magn. conv. l. cum res*, 47. §. *pen. de legat. l. 8. §. 3. de precar. l. 22. §. 3. cum similibus.* (9) Levem culpam opponimus diligentiæ mediæ, ut intelligatur esse omissio ejus diligentiæ, quam hominum natura desiderat, id est, mediocris, & quam vulgo homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt, *arg. d. l. 32. depos.* aut id admissum in re aliena, quod diligens paterf. non committeret in re sua. Et ideo in jure nostro non exigitur ad consuetudinem hominis diligentissimi, sed ad eum modum, quo quis curat res proprias, *hoc text. l. 1. §. 4. de oblig. & act. l. hær. 25. §. non tantum*, 16. *famil. ercisc. l. 1. de tut. & rat. distr. l. 17. de jur. dot. l. socio*, 52. *pro soc. l. 21. §. 3. ad SC. Treb.* modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur: nam in abstracto hoc magis consideratur, quam in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfam. suis rebus præstare consuevit, non qualem unus e multis, sed qualem magna pars patrumf. *l. quod sæpe*, 35. §. *si res*, 4. *de contr. empt. l. 14. de pign. act. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Itaque levi culpa peccat, si quis, verbi gratia, non clauserit fenestras altiores, quam ut de plano intrari possint, & fures admotis scalis ingressi fuerint: aut si incendium domesticorum negligentia exortum sit, quod adhibita consueta bonis patrisf. diligentia præcaveri potuisset, *l. 11. de peric. & commod.* Levi culpæ & imperitia fere annumeratur, *l. imperitia*, 132. *de reg. jur. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil. l. 9. §. pen. locat.* Puto autem, imperitiam in artifice, seu qui peritiam alicujus rei profitetur, pro levi culpæ habendam, *l. 9. §. 5. l. 13. §. 5. locat. l. 12. de furt.* in aliis pro levissima. Denique huic culpæ obnoxius est, quicumque non providet, quodcumque a diligente provideri potuit, *l. si putator*, 31. *ad l. Aquil.* Hæc species fere in usu juris sola significatur, quoties verbum culpæ absolute ponitur, aut dolo opponitur, ut innumeris locis videre est, *l. 5. §. 2. comm. l. 23. de reg. jur. l. 21. de neg. gest. l. hær. 25. §. non tantum*, 16. *fam. erc. l. 5. §. 3. de indit. jur. l. 1. §. sæpe*, 35. *depos. l. socius socio* 72. *pro soc. l. in rebus*, 17. *de jur. dot. l. 5. l. 8. C. de pign. act. cum simil.* (10) Levissimam culpam opponimus diligentiæ summæ, ut sit omissio ejus diligentiæ, quam vigilantissimus quisque atque attentissimus paterf. suis rebus adhibet, *l. in rebus*, 17. *commod. leg. 1. §. 4. de obl. & act. l. 3. de peric. & comm. rei vend. §. 1. infr. de obl. quæ quasi ex contr.* aut id commissum in re aliena quod diligentissimus paterf. omitteret. Quare hanc culpam qui præstat, non excusabitur, si eam rebus alienis diligentiam præstiterit, quam aut ipse aut plerique suis rebus adhibere solent, modo quis alius diligentior, majori cura adhibita, damnum, quod illatum est, vitare potuerit; nam ad exactissimam diligentiam hæc culpa dirigitur, *h. text. d. §. 1. in fin. infr. de obl. quæ qu. ex contr. d. l. 1. §. 4. de obl. & act. d. l. 18. comm. d. l. 72. pro soc. §. ult. infr. de societ.* Exempli gr. non carebit culpa levissima, si quis fenestras versus publicum remotiores a locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreis perticis. Levissimæ culpæ mentio fit *l. in leg. 44. ad l. Aquil.* passim per oppositum indicatur vero diligentiæ aut custodiæ, quo summa & exactissima significatur, *d. l. 5. §. 2. comm. l. 23. de reg. jur. l. cum res*, 47. §. *pen. de leg.* 1. Etsi vero non omnis culpa ejusdem gradus secundum hanc distinctionem æqualis est: nam qualitas facti & circumstantiæ semper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus certis terminis circumscribi nequeat; tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis sufficere trium graduum distinctio, ut bene ostendit Decian. *lib. 1. tract. crim. c. 6.* & Pet. de Fab. *ad l. contractus*, 23. *de reg. jur.* prudenterque notat D. Tuld. *comm. ad huuc tit. c. 8.* cum varia hæc sint atque incerta, nimisque vaga, quam ut singula scientiæ & perpetuis regulis subjici possint, magisque ad prudentiam referantur & arbitrium judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis sufficienter instrui posse, iisdemque arbitrium illius dirigendum. Restat nunc ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. (1) Lata culpa dolo comparatur, perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præstari placet: non quod revera & facti genere dolus est; contrarium enim ostendit ejus definitio, & loci, in quibus a dolo aperte distinguitur, *l. 22. §. 3. ad SC. Treb. l. 7. ad l. Corn. de sic. l. tutori*, 20. *C. de neg. gest. l. 7. 7. C. arb. tut.* sed quia prope fraudem ac dolum accedit, *l. si fidei 29. mand. l. 7. §. 1. de susp. tut.* & doli ac malitiæ quasi consanguinea est: unde etiam passim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam seu magnam culpam dolum esse, *l. quod Nerva*, 31. *depos. l. 226. de verb. signif.* dolum accipi debere etiam latam culpam, *l. 5. §. dolum*, 14. *ut in poss. leg.* magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere, *l. 1. §. is quoque, 5. de obl. & act.* id ad communem juris effectum referendum est: quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræsentat, jure effectum doli patitur. Et quod Celsus scribit, eum, qui lata culpa peccat, fraude non carere, in eo respicit ad violentam præsumptionem, quæ jure pro explorata habetur. Explodenda enim distinctio Zasii inter culpam ignaviæ & versutiæ, quamvis eam probet Mynf. *in §. suspectus*, 6. *supr. de susp. tut.* nam versutiæ culpa quid aliud est revera, quam malitia? quid latinis *versutus* aliud, quam homo callidus qui sese alterius decipiendi gratia in omnes species vertit? Ex hac porro interpretatione est, quod quotiescumque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamsi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particulis taxativis, *solum dumtaxat*, &c. *l. 3. naut. cul stab. l. 5. §. 2. comm. d. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. ult. depos. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. l. 8. §. 3. de præs. l. servus*, 108. §. *cum quidam*, 12. *de l. 1. seq. h. t.* cum similibus. Atque hoc etiam procedit in causis famosis, & nonnunquam etiam cum ex causa delicti civiliter agitur ad pœnam, *l. 11. §. ult. de his qui notatur infam. l. 7. §. 1. de susp. tut. l. 1. §. si is quis test. lib. l. pen. de inc. ruin. naus.* quibus locis refutantur, qui simpliciter negant, in causis famosis & delictis latam culpam dolo comparari, per *l. 3. cum 2. seqq. de serv. corrup. l. in furt.* 50. §. ult. *de furt. add.*

quæ nos sub §. *fusu. 6. de fusp. tut. tib.* 1. tit. *ult.* Plane in causis criminalibus, & præsertim capitalibus, hæc comparatio sive doli & culpæ exæquatio locum non habet: sed in his placet, dolum solum pro facto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coerceri, *l. 7. ad l. Corn. de sicar.* nisi forte res sit mali exempli. Quo casu punitur & qui nocendi animum non habuit, *l. 3. §. 3. d. tit. l. si quis, 38. §. qui abortionis 5. de pœn.* Dolus, ut hoc obiter hic moneam, in criminibus significat malum propositum, quo proposito deficiente, plerumque nec delictum est: veraque malitia in his requiritur, ut verba quoque proprie ac naturaliter accipienda sint, non ficte aut civiliter. Levis & levissimæ culpæ alia ratio est. Harum neutra in omnibus contractibus præstatur, sed in quibusdam dumtaxat aut utraque, aut altera tantum. Sunt enim quidam contractus, qui dolum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantum recipiunt; sunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps usum juris sequentes culpam simpliciter appellabimus, (12) sunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam præstatur etiam culpa levissima; quod more veteribus usitato contrariæ rei præstatione, nimirum diligentiæ, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est, ut si quidem tale sit negotium, in quo ejus qui quid suscepit, nulla versatur utilitas, aut in quo debitor officii est debitor, quale est depositum, tum dolus solus præstetur. Ubi vero utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione, ibi prætor dolum præstetur & culpa. Quod vero utilitatem ejus dumtaxat qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet, quale plerumque est commodatum, in eo & culpa præstetur & diligentia, *l. 5. §. 2. l. 10. l. in reb. 18. comm. l. in navam, 31. circa fin. loc.* Quæ regula servata eadem distinctione accommodanda quoque est contractibus innominatis; *d. l. 10. §. 1. comm. l. 17. §. 1. & 2. de præscr. verb.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, *d. l. servus, 108. §. tum quid, 12. de legat. 1.* junct. *l. cum res, 47. §. pen. eodem, l. mulier, 22. §. 3. ad SC. Treb.* Quod vero ejus, qui precario rogavit, item agrimensoris dolum tantum coercetur, id specialem rationem habet, *leg. 8. §. 3. de precar. l. 1. §. 1. si mens. falsum. mod.* ut & illud, quod placet, nautas, caupones, stabularios in eo, quod receperunt, plusquam culpam præstare, *l. 2. §. naut. caup. stab.* Cæterum prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenit, alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, *l. 23. de reg. jur.* Finge enim convenisse, ut in depositio culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum; nec minus, nec plus, quam quod placitum est, præstabitur, *l. 1. §. si convenit, 6. depos. l. 1. C. eod. l. 5. §. interdum, 10. comm.* Possunt vero & sine conventione justæ causæ intervenire, ob quas placeat, etiam officii debitorem culpam præstare. Veluti si officium sit publicis muneris, ut tutela & cura, *l. 1. de tut. & rat. distr. l. 7. C. arb. tut.* aut si quis se negotio obtulit, veluti si depositarius, cum dominus rem secum ferre aut apud alium relinquere constituisset, cum ultro hortatus sit, ut apud se potius deponeret: quo casu non solum culpa, sed etiam custodia & diligentia in depositio præstanda, *l. 1. §. sæpe, 35. depos.* Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest, *l. 11. de reg. gest. §. 1. in fin. infr. de obl. quæ quasi ex cont. l. 13. de reg. jur. l. 13. l. in re, C. de mand.* Hæc suis locis in progressu singulis in contractibus diligentius confirmabuntur. Illud hic obiter notandum, non eodem sensu dici præstare diligentia, & præstare dolum, culpam, casum fortuitum. Cum enim diligentiam præstandam esse dicimus: eo significamus diligentiam esse adhibendam: cum dolum, culpam, casum fortuitum, non adhibenda hæc, sed removenda esse, & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæ locutiones sunt præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam) Quoniam commodatum solum utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, consequens est distinctioni *d. l. 5. §. 1. comm.* quod & eodem loco expressum est, a commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, diligentiæ verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Cujus t. *in rebus 18. eod. In rebus commodatis*, inquit; *talis diligentia præstanda est, qualem diligentissimus quisque paterf. rebus suis adhibet.* Idem alibi ait, *eum, qui utendum accepit, exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compelli, l. 1. §. 5. de obl. & act.* (13) Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem plane sensu, ut apparet ex eo, quod mox subjicit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantam suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentium custodiri potuerit. Sic Constantinus in *l. 21. C. mand.* exactum officium dixit, pro exactissimo. Ulp. diligentem custodiam pro diligentissima, *d. l. 5. custodiam, 5. commod.* Paulus diligentem patremfm. pro diligentissimo, *l. hæres, 25. §. non tantum, 16. fam. hercisc.* Quemadmodum vice versa superlativus nonnunquam pro positivo ponitur; quod æstimandum ex natura contractus. Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si proponas, aliquem sua dumtaxat gratia, quod interdum fit, commodasse sponsæ forte vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, dolus solus præstabitur, ut in depositio, *d. l. 5. §. interdum, 10. comm.* Quod si sua & commodatarii gratia, quod item fieri potest, culpa æstimatur, ut in pignore, dote, &c. *dict. leg. in rebus, 18. in fin. pr. eod.*

Si modo alius diligentior) (14) Hinc tria elicimus. 1. etsi commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis eadem diligentia tractaverit res alienas; tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cum alius diligentius rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summe diligens, nihil amplius ab eo exigi, quam ut eamdem diligentiam, quam suis rebus præstat, etiam adhibeat omnibus. Quippe cum major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavior, licet aliquando diligentius versetur in rebus commodatis, quam in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, si alius diligentius curando rem servare potuit.

Majoresve casus non tenetur) Casus fortuiti nullo in contractu præstantur, *l. contracts, 23. de reg. jur. l. 23. de verb. obl.* nec si solius debitoris utilitatem contineat, quale est commodatum, *l. 5. §. 4. l. in rebus, 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act.* De commodato tamen ob prædictam causam dubitari potuit; & videtur ad removendum istam dubitationem pertinere, quod præscriptum est *leg. 6. Cod. de pign. act.* casus fortuitos nullo bonæ

fidei

fidei judicio præstari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

(15) *Si non ipsius culpa*) Culpa abesse intelligitur, si re commodata usus sit juxta præscriptum in utendo modum. Itaque si alicui in hoc res commodata sit, ut eam peregre secum ferret, isque incursu hostium aut latronum vel naufragio rem amiserit, non tenebitur. At si cui, exempli gratia, quasi amicos ad cœnam invitaturo argentum commodavero, is si id peregre secum portaverit, casum naufragii, impetum hostium, latronum, piratarum, præstare debebit, *dict. leg.* 18. *commod. d. leg.* 1. §. 4. *de oblig. & action.* Si res commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in qua utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, *l.* 10. *l. ult. commod.*

(16) *Si nulla mercede*) Commodatum nisi gratuito non contrahitur: Commodare enim officii est liberalitatis, *l. in commodato* 17. §. 3. *d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *leg.* 1. §. *ult. mand.* Cum igitur merces pro usu rei datur, aut constituitur, non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituatur, nec tamen gratis res utenda detur, sed eo animo, ut tantum mercedis nomine præstetur quantum postea definiri placuerit, contractus innominati genus est, §. 2. *infr. locat. l. si poliendu*, 12. *de præscr. verb.*

TEXTUS.

De depósito.

3. *Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de ea re, quam accepit restituendæ tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati, id imputare debet.*

NOTÆ.

3. *Actione depositi*) Directa; nam contrario judicium depositario datur ad consequendam indemnitatem, *d. l.* 5. *pr.*

Culpæ, &c. ac negligentiæ non tenetur) Extra quam si convenerint, ut culpa quoque præstetur, aut ultro se depósito obtulerit, *l.* 1. §. 6. *& 35. depos.* quoties autem culpa significatur, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 1. §. 5. *de obl. & act. l.* 71. *pro soc. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid sit depositum, & an etiam consistat in re immobili?*
2. *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depositarius eam pro arbitrio restituere possit?*
3. *Ad quid depositarius teneatur?*

(1) TErtia specie obligationis, quæ re contrahitur, est ex depósito. Deponere est, rem alicui, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare, *l.* 1. *depos.* In eodem significatu utimur & verbo commendare: *leg. Lucius* 24., *eod. l. commendare*, 186. *de verb. sign.* Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, pura pecunia numerata, *d. l. Lucius*, 24. *& seq.* §. 1. *eod.* In quo depositum differt a commodato, *l.* 3. §. *ult. comm.* An vero quemadmodum commodatum etiam terum immobilium est, *l.* 3. §. *ult. dict.* ita depositum in his consistere possit, quæritur. DD. communiter id negant, argumento sumpto ab etymologia nominis, quod a ponendo dictum, *d. l.* 1. *depos.* tum quod nullum depositi rei immobilis exemplum in jure nostro extet: postremo quod cura rei immobilis in speciem mandati transeat, *argum. l.* 5. *sed si*, 4. *de præscr. verbor.* Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum: nam in sequestrationem quæ depositi quoque in genere sumpti species est, *l.* 5. *& seq. leg. licet.* 17. *depos.* quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, *leg.* 7. §. *ultim. qui satisd. arg. leg. unic. Cod. de prohib. seq. pec. c.* 1. *de sequestr. Clement. unic. eod.* quod ipsum tamen superiora argumenta elevare videtur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, recte deponi dicitur, cum ea a litigatoribus aut judice sequestro collocatur, atque ex ea depositione ei, qui viceric, actio depositi sequestraria competit, cur non similiter res immobilis non litigiosa deponi dicatur, cum ea a domino alicui custodienda traditur, ut hic quoque in eum, qui id recipit, actio depositi detur, utut fortassis ea res depositi communis modum excedat, legemque mandati annexam habeat? *arg. d. l.* 5. §. 4. *de præscr. verb. l. Lucius*, 24 *depos.* Addidi, *qui gratis hanc operam suscipiat* Nam & commodatum, ita quoque & depositum gratuitum esse debere illic dans officium præstat, hic accipiens. Si merces promissa sit, depositum esse desinit: & aut locatio est, aut incerti contractus genus, *l.* 1. §. *si vestimenta*, 8. *& §. seq. decos.* VINN. Immo videtur rei immobilis commendatio modo mandatum, modo depositum esse, aliquando utrumque simul. Præcipua hic inspectio est, utrum mandato commendatio custodiæ, an custodiæ commendationi mandatum, de suscipienda administratione accesserit. Hujusmodi enim contractus qui mixtam causam habent ex principali, a quo incipiunt, judicantur, l. 1. §. 13. *ff. depos. vel contra*. Conf. V. C. A. A. Pagenstech. *Sicilim* part. 11. §. 92. p. 182. HEIN.

Re obligatur) *L.* 1. §. *is quoque*, 5. *de obl. & act.* Sola quippe conventio depositum non facit, sed rem poni apud aliam oportet, eaque tradita initium obligationi præbet.

Teneturque actione depositi) Actioni nimirum depositi directa. Nam contrarium judicium depositario datur ad consequendum, quo sibi per causam & occasionem rei acceptæ abest, *l.* 5. *depos.* Potest vero is, qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, *l.* 1. §. *propen. & pen. eod.* At ex contrario depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi justissima causa interveniat, *leg.* 5. §. 2. *eod.* ut bene Castr. *in dict. leg.* 1. §. *propen. & penult.* & Costal. *ibid.* Vitiosa enim est quorumdam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat. At non sine incommodo deponentis futu-

futurum est, si depositario permittamus officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere: Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio dantis repeti non potest, *l. in commodato, 17. §. 3. commod.*

De ea restituenda) In specie; qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed aperte hoc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcenti. Quare etiam si nummi deponantur, eadem pecunia restitui oportet: nisi forte nominatim convenit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantumdem: quæ res notos depositi terminos egreditur, *l. Lucius, 24. cum leg. seqq. l. si factulum, §. 1. depos.*

(3) *Si quid dolo*) In deposito nullum commodum est depositarii: quin onus potius est, rem alienam gratis custodire: ac proinde secundum regulam de eo tenetur, si quid dolo ejus petierit, *l. 5. §. 2. commod. leg. 1. §. ultim. l. fine, 20. depos. l. 1. §. is quoque, 5. de oblig. & action. l. contractus; 23. de reg. jur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit; quia pro dolo habetur, ut superius demonstravi. Itaque etsi doli hic tantum mentio fit, sciendum tamen est, etiam latam culpam in depositi judicium venire, *leg. quod Nerva, 32. depos. leg. 1. §. is quoque, 5. de oblig. & action. l. 1. Cod. depos.*

Culpæ nomine, id est, desidiæ, ac negligentiæ) Quotiès culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit; levem culpam sive negligentiam his nominibus significari, §. *præced.* probatum est: quod hic locus confirmat, &, unde desumptus est, *l. 1. §. 5. de obl. & act. item, l. 72. pro soc. & §. ult. infr. de societ.* Igitur depositarius aut negligentiam leviorem non præstat: extra quam si in depositio convenerint, ut ea queque præstetur, *l. 1. §. si convenerit, 6. depos.* aut si ultra se depositio obtulerit, *d. l. 5. sæpe, 35. eod.*

Furto amiserit) Furtum plerumque cum culpa patisfam. rem suam non plane custodientis conjunctum est: ideoque socius & venditor & creditor periculum furti præstant, *l. cum duobus, 52. §. 3. pro soc. leg. 14. §. 1. de per. & com. rei vend.* nisi doceant, culpam omnem abesse, quod aliquando fieri potest, *l. 14. §. idem. 6. de furt.*

Suæ facilitati id imputare) Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentiæ nomine non teneatur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet, *d. l. 1. §. 5. de obl. & act.* & se ipsum accusare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit, Scholiastes ad Harmenop. *lib. 6. tit. 2.* Utique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, *l. quod Nerva, 32. depos.* Adde omnino quæ nos ad §. *ult. infr. d. societ.*

TEXTUS.

De pignore.

4. *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.*

NOTÆ.

Exactam diligentiam) Exactam diligentiam hoc loco positam pro ea, quam vulgo homines frugi suis rebus adhibent, & quæ præstari solet in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, arguit ipsa Justiniani illatio. Translatitium autem est, in ejusmodi negotiis non levissimam culpam, ut in commodato, sed levem dumtaxat præstari, *l. 5. §. 2. l. 18. in fin. pr. commod. l. 31. in fin. locat.*

Fortuito casu) *L. 6. Cod. de pign. act.* exclusio autem casus fortuiti non includit semper culpam levissimam: sed sæpe & hæc ipsa simul cum illo ad quem proximæ accedit, excludi intelligitur, §. 1. *infr. de locat. l. 28. C. de locat. leg. 4. Cod. de peric. tut.*

COMMENTARIUS.

1. *Pignoris varia significatio.*
2. *Etiam sola conventione pignus contrahi, sed ut nascatur obligatio pignoratitia, traditionem intervenire oportere.*
3. *Quando actio pignoratitia nascatur; & quid ea differat ab hypothecaria?*
4. *Ad quid creditor pignoratitius teneatur?*
5. *In actione pignoratitia levem duntaxat culpam, non etiam levissimam venire, cum accurata remotione contrariorum.*

(1) QUarta & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, §. *item Serviana, 7. infr. de action. tit. 7, & C. de dist. pign.* & jus creditori in ea re constitutum, *tit. qui pot. in pign. & quib. modo pign. vel hyp. solv.* & denique contractum, quo jus illud constituitur *l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commd.* (2) Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventione, quamvis traditum non sit, *l. 1. de pign. action.* hoc est, jus in rem creditori quæritur simul ac placuit eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acceperit: ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure Prætorio constitutam habet Servianam aut quasi Servianam; quæ etiam hypothecaria dicitur, *l. pignoris, 17. de pign. §. Serviana, 7. infr. de action.* Cæterum ut obligatio pignoratitia constituatur, unde debitoris actio sit adversus creditorem ad pignus soluto debito repetendum, rem prius tradi necesse est: atque hac consideratione pignus est contractus realis. Hinc inteligere licet, non agi hic de pignore legali, nec de pignore Prætorio, ut judiciali, nec de eo, quod testamento constituitur, sed de conventionali duntaxat: adeoque de pignore proprie dicto, non de hypotheca: nam *pignus & hypotheca* sic fere distingui solent, ut pignus dicatur, cum possessio transit in creditorem; hypotheca, cum res apud debitorem manet, *leg. 9. §. 2. de pign. action.*

Re obligatur) Obligationi pignoratitiæ non constitutio pignoris, sed acceptio causam præbet. Necesse quidem non est, ut res pignori obligetur, etiam pignoris causa tradere creditori: potest enim pignus vel nudo con-

consensu constitui, *l.* 1. *de pign. act.* At vero ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, nisi re tradita acceptaque, *l.* 1. §. *creditor*, 6. *de oblig. & act.* Cum enim hæc obligatio eo pertineat, ut res eadem, quæ pignori obligata est, restituatur, traditam esse prius oportet creditori, quam restituere possit.

Actione pignoratitia) Directa scilicet, quæ datur debitori adversus creditorem, ut rem pignoratam, cujus possessio apud eum fuit, una cum fructibus restituat, *l. debitor*, 40. §. *ult. de pign. action. l.* 1. *cum* 2. *seqq. C. eod.* & demum debito omni exsoluto intentari potest, *d. l.* 9. §. 3. *eod.* (3) Creditori vero & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, aut in conventione creditorem decepit, *l.* 3. *d. l.* 9. *pr. eod.* aut si creditor in rem pignoratam necessarias impensas facit, *leg.* 8. *eodem*. Ab actione igitur hac pignoratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, *d.* §. *Serviana*, 7. *infr. de action. l. pignoris*, 17. *de pign.* at pignoratia est in personam, competitque debitori adversus creditorem, & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pignoratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti a Prætore datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam quoque pignoratitiam interdum appellant, *leg.* 3. §. 3. *ad exhib. leg.* 13. *de cond. indeb. leg. rem alienam*, 41. *de pign. action.* & aliis locis.

(4) *Sufficere si exactam diligentiam*) Supra §. 2. *hujus tit.* hanc Regulam ex Ulp. *l.* 5. §. 2. *commod.* tradidimus, in contractibus, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, & dolum præstari & culpam. Culpam ex usu auctorum juris interpretati sumus levem dumtaxat, non etiam levissimam. Et vero nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriusque contrahuntur, eamdem a debitore diligentiam requiramus, quam præstaret, si ejus solius commodum ageretur: sed quemadmodum plus præstat, quam *ille*, cujus nulla versatur utilitas, ita minus ab eo exigendum quam verbi causa commodatario, qui beneficium accepit. Quamobrem etiam Ulpianus hæc tam diligenter distinguit, eosque contractus, qui utriusque utilitatem continent, medios facit inter depositum, quod tantum dolum, & commodatum, quod etiam culpam levissimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriusque utilitas, esse quidem quod præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit, præstetur, quod tamen non sit culpa levissima; levis igitur tantum sit necesse est. Hoc idem plane confirmat Cajus, *l. in rebus*, 18. *in fin. pr. commod.* ubi diserte scribit, culpam in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, non æstimari, sicut regulariter æstimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriusque commodum spectant, & pignus est; eoque expresse refertur & ab Ulpiano, *d. l.* 5. §. 2. *commod.* & a Justiniano hoc ipso in loco, addito insuper qua in re utriusque utilitas versetur, nimirum creditoris in eo quod pecunia ei cautior est, debitoris, quod ei creditur, cum absque eo foret, ut non crederetur. Itaque sciamus, prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere, & secundum eam definiendum, quid in actione pignoratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 9. §. *est præterea* 3. *de verb. signif. jud. poss.* Hoc autem modo cum nostri simpliciter loquuntur, sub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nomine levem dumtaxat intelligunt, ut superius abunde probatum est. (5) Culpæ igitur in pignore æstimatio facienda non est, ut in commodato, ut etiam levissimam, quæ summæ diligentiæ opponitur, creditor pigneratitius præstare compellatur, sed ut in empto, locato, dote, cæterisque ejusdem naturæ contractibus, ut levem tantum, *d. l.* 5. §. 2. *d. l. in rebus* 18. *in fin. pr. comm.* Quod etiam non obscure hic indicat Justinianus, cum ex eo, quod pignus utriusque gratia contrahitur, infert, sufficere, si creditor exactam rei custodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Justinianum pignus considerare ut contractum medium inter commodatum, quod solius commodatarii, & depositum, quod solius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle, ut etiam in præstantioribus medium teneatur, & a creditore exigatur plus quidem, quam a depositario, minus autem, quam ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam distinctionem, *dict. l.* 6. §. *l.* 18. *circa fin. princ. commod.* Negotium tamen facessit, quod hic scriptum est de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in *l.* 13. §. *ult. de pign. act. leg.* 19. *Cod. de pignor.* Quid quod iisdem locis traditum est, creditorem pignoris præter culpam & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. leg.* 13. §. *ult. in actione pignoratitia culpam venire, ut in commodato?* Respondeo: ex iis, quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quam in pignore, & ideo hoc loco exactam diligentiam *contra mentem Imperatoris non esse accipiendam pro exactissima*, qualis a commodatario exigitur, quæ pene modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis & unus forte e multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro diligentia stata, id est, ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi paterfamil. nihil enim amplius a creditore Paulus exigit, *leg.* 14. *de pignor. act.* Quamquam fatendum est, incommode hanc speciem diligentiæ exactam a Justiniano appellari, quod vim superlativi habet: consistit enim in mediocritate, non excedens modum, quem hominum natura, quæ mediocribus contenta est, desiderat. Quod autem tantum casus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo sequitur, summam atque exactissimam diligentiam a creditore præstandam esse, seu eum etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quoniam, quod verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpe non consideratur, & cum casibus fortuitis, ad quos proxime accedit, & ipsa excludi intelligitur, ut in *l.* 5. *Cod. de pignor. act. leg. in judicio* 28. *Cod. de locat. l.* 4. *Cod. de peric. tut.* Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa levissima præstatur, sic conjunguntur, quasi utriusque eædem essent præstationes, ut in *d. l.* 13. §. *ultim. de pignor. actico. leg. contractus* 25. *de reg. jur.* Sed neque diligentia aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverso respondeat, *leg. quod sæpe* 55. *si res* 4. *de cont. empt. l.* 10. §. 1. *commod. d. l.* 28. *Cod. de locat.* eodemque modo custodia accipienda in *d. leg.* 13. §. *ult. de pignor. act. & d. l.* 19. *Cod. de pign.* VINN. Immo omnes *legis* 13. §. *ult. ff. de pignor. act.* tenebras discussisse videtur Vir Clar. Gerard. Noodt. *Probab. lib.* 1. *cap.* 4. ubi

ubi una litterula & interpunctionibus leviter immutatis legit: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa: at in commodato venit & custodia; vis major non venit.* NEIN.

Aliquo fortuito casu) Nam casus fortuiti a nemine præstantur, *d. l. contractus* 23. *de regul. jur. l. quæ fortuitis 6. Cod. de pign. act.* nisi culpa aut mora casum præcesserit, aut nominatim placuerit, casum quoque præstari: de quo jam explicatum est sup. §. 2.

TITULUS DECIMUS SEXTUS.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 45. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 38.

1 *Continuatio.*
2 *An verborum obligationis plures emissæ, quam stipulatio?*
3. *Pomponiana stipulationis definitio explicata: ubi & alia.*
4 *Usus stipulationum quam varius jure civili?*
5 *Stipulationem non habere certam & determinatam naturam; & quid inde?*

(1) EXposita est prima species obligationum, quæ cum ex contractu sint, solo tamen consensu non consistunt, illæ nimirum, ad quas constituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ sunt ejusdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera litteris ad consensum accedentibus constituitur; unde illa verborum, hæc litterarum dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proxime sequentes quinque rituli consumuntur. Litterarum obligatio brevius perstringitur. tit. 22. (2) Verborum obligatio, si Cajo *lib. 2. tit. 9.* credimus, duobus olim modis contrahebatur, aut interrogatione præcedente, eamque subsequente responsione: aut interrogatione non præcedente, unoquoque tantum loquente, aut promittente: cujusmodi duo profert exempla, dictionem dotis, & jusjurandum liberti ad operas & alia patrono præstanda. Verum in corpore juris nostri uno tantum modo contrahi verborum obligationem legimus, cum præcedit interrogatio, & sequitur congruens responsio, *hoc tit. in princ. l. 1. §. verbis, 7. de obl. & act. l. obligamur. 52. §. 2. eod. tit.* Neque alia causa hujus obligationis in toto hoc tractatu assignatur, quam stipulatio; quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quæ interrogatione & responsione constat. Igitur verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipulatione. Stipulatio est contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis. Stipulationem contractum esse, abunde probavimus in explicatione §. *ult. sup. de oblig.* VINN. Verum quidem in jure nostro unum occurrere contractum verbalium genus, puta stipulationem. Sed ideo negandum non erat fuisse plura, imprimis dotis dictionem & jusjurandum liberti. Hi contractus olim & causam habuisse videntur, verba puta solemnia, & cognomines produxisse actiones, v. gr. condictionem certi vel incerti ex dotis dictione, ex jurejurando, &c. Sed quia omnia pacta dotalia valida habebantur tempore Justiniani, hinc de dotis dictione nihil in Pandectis exstare passus est Tribonianus. Immo ubi quid exstit, ibi leges mutavit, veluti *l. 25. l. 41. §. 1. l. 46. §. 9. l. 57. l. 59. de jur. dot.* Jurisjurandi a libertis præstiti passim in Pandectis fit mentio; sed ne illud tamen nunc forte admodum frequens fuit, quia & stipulatio sufficiebat jam multo ante Justinianum *l. 3. princ. l. 5. ff. de op. libert. l. 44. princ. ff. de liber. causs.* HEIN. Est autem μονόπλευρος tantummodo obligans respondentem. A Pomponio definitur *verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum factumve se, quod interrogatus est, respondet, l. 5. §. 1. hoc tit.* Verum Jurisconsultus eo loco genus non expressit, quod nec semper necessarium; formam tantum seu differentiam posuit; perinde enim hoc accipiendum est: quasi dixisset, *stipulatio est contractus constans conceptione verborum, &c.* Verbis utimur in omnibus fere contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus sufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria; stipulatio solemnia & certo modo concepta desiderat. Ex quo recte plerique colligunt, stipulationem esse contractum juris civilis. Nam etsi verborum usus omnium gentium communis est, & cum ratione juris gentium optime convenit, ut qui ex consensu verbis declaratio obligetur; tamen a simplicitate illius juris alienus est, ad substantiam alicujus actus exigere certam conceptamve verborum lingua nuncupandorum formulam, quod etiam Paulus non obscure innuit *l. 1. infr. de fidej.* facit item *l. si ita 126. §. 2. 2. vers. sperest. de locat.* obligationibus novandis, *l. 1. & l. 2. de nov.* interdum & in usuris, quas nobis præstari volumus, ut in strictis judiciis, *l. 3. c. de usuris.* Sed & stipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones, & obligationes firmantur. Quod videre est tum in pactionibus nudis, quæ cum per se jure civili infirmæ sint ad producendam actionem, stipulatione muniendæ sunt, *l. divisionis, 45. de pact. l. petens, 27. C. eod. l. 3. & l. 4. C. de ver. perm.* Paulus *2. sent. 22. Omnibus pactis*, inquit, *stipulatio subjici solet, ut ex stipulatu nasci possit*: tum etiam in contractibus juris gentium, ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam stipulatio utiliter accedit, ut & firmior obligatio, & certior ratione præstationum, *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. §. ult. de usur. l. quicquid, 99. de verb. oblig.* Denique omnium fere negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet, *leg. Titia, 134. §. 1. de verb. oblig. leg. 7. §. quod fere 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea sub *tit. de verb. oblig.* tamquam in Pandectis, tractantur, & stipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt, stipulationem non esse contractum, qui per se consistat, sed alterius obligationis sive civilis sive naturalis accessionem & fulcimentum, per *leg. 5. in princ. vers. conventionales, hoc tit.* id DD. communiter

niter sic exprimunt, ut dicant, stipulationem non subsistere, quæ causam nullam præcedentem habet, propter quam adhibita sit. Et recte. (5.) Nam cum stipulatio non habeat certam & determinatam naturam, ut contractus cæteri, sed ex variis causis, sæpe etiam ex injustis interponatur, merito requiritur, ut si eam valere volumus, de causa, propter quam interposita sit, constet: quod ex eo solo intelligi non potest, quod simpliciter dicatur stipulanti promisisse. Enimvero in causa donationis, ut subsistat promissio, non est necesse antecedere aliquid actum donationis, sed satis est, stipulatione hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, *l. hoc jure 29. de donat.* Illud tamen addendum subimo adhuc jure ex stipulatione sine causa nasci actionem, sed inefficacem eam reddi oppositadoli mali exceptione, *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. si quis, 36. hoc tit.* Gloss. & Bart. *in d. l. 2. §. 3.* Gomez. *2. var. resol. 11. num. 3.* quem perperam reprehendit Suarez *in annot.*

TEXTUS.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulantur: ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit: quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.

NOTÆ.

Ex stipulatu) Quæ in specie & τυχικῶς ex stipulatu dicitur, *l. 24. de reb. cred.* alibi actio incerti ex stipulatu, *l. 24. de usur.* Cæterum generaliter & ὑπικῶς etiam rem certam ex stipulatu petentes, ex stipulatu agere dicuntur, *l. 38. §. 6. de verb. obl. l. 42. pro soc. leg. 28. de cont. empt. l. 14. C. de pact.*

Si incerta sit) Exempla incertæ stipulationis pete ex *l. 75. de verb. oblig.* Illa stipulatio incerta non est: *Triticum, quod in illo horreo est, dare spondes? d. l. 70. fac. l. 30. §. 4. ad l. Falc. l. 7. §. 1. de cont. empt.* Itaque non leviter hic errat Theoph. Quod si id, quod in obligationem deductum est, nullos certos fines habet, aut ad vilissimum deduci potest, stipulatio inutilis est: veluti si fundus sine demonstratione promissus, *l. 69. §. 4. de jur. dot.* vinum, triticum sine designatione mensuræ, *l. 93. & seq. leg. 115. princ. h. t.* Thalel. ad *leg. 1. C. de dot. prom.* Harm. *lib. 4. tit. 8. §. 44.*

Stipulum apud veteres firmum) Hanc nomini rationem reddit & Paul. *5. sentent. 1.* & probat doctissimus Salmas. *de usur. c. 6.*

COMMENTARIUS.

1 *Verbo stipulationis non interrogationem tantum, sed etiam responsionem, & ita totum contractum significari.*
2 *Etiam eum ex stipulatu agere dici, qui certum ex stipulatione petit: & quando incertitudo stipulationem vitiet?*
3 *Stipulationis vera originatio.*

EX *interrogatione & responsione*) Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responsione; *leg. 1. §. verbis, 8. l. obligamur, 52. §. 1. de oblig. act.* Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine stipulatio a veteribus dicta est, *l. 5. §. 1. hoc tit.* non proprietate verbi (nam *stipulari* is dicitur, qui interrogat; alter *promittere, spondere*; interrogatio autem sine responsione inutilis est) sed propter partium necessariam consequentiam, qua posita una, altera quoque intelligitur: quod etiam in plerisque aliis appellationibus usuvenit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci Interpretes *ἐπιφέρματα* reddiderunt. Harum autem partium quædam sunt communia, veluti ut & qui rogat & qui respondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat; & intelligat quædam responsionis propria, veluti, ut qui respondet, illico id faciat; ut respondeat convenienter interrogationi. Sed de his postea explicatius.

(1) *Dari fierive*) His verbis indicatur stipulationum materia, nimirum non solum res in stipulationem deduci, sed etiam facta: unde stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *leg. 21. pr. hoc tit. §. ult. inf. eod.*

Duæ proficiscuntur actiones) Justinianus hoc passim & recte observat, ut ad notitiam cujusque contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id, quod ex obligatione debetur, si sponte debitor non solvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Justinianus commemorat, quasque ait proficisci ex stipulatione, datur & condictio triticiaria; quippe quæ si causam excipiat pecuniæ numeratæ, generalis est, *l. 1. de cond. tritic.*

Condictio certi) Hæc communem naturam habet cum ea, quæ competit ex *mutuo*, cæterisque obligationibus, ex quibus certum petitur, *l. 9. l. si quis 24. de reb. cred.* dixi plura *sup. pr. tit. præc.*

Si certa sit stipulatio) Certa stipulatio hic non intelligitur ea, quam certo interpositam esse constat: incerta, de qua ambigitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res si certa sit, id est, appareat ex pronunciatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa; ubi autem hoc non apparet, incerta, *l. stipulationem, 74. & leg. seq. hoc tit.*

(2) *Ex stipulatu*) Hoc verbum non significat causam generantem: nam & condictio certi ex stipulatione nascitur, quod hic expressum est, & res ipsa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex stipulatu debitam petit, recte & naturaliter dicitur, est stipulatu agere, *l. inter, 83. §. si rem, 6. h. t. l. quod si 42. pro soc. l. 14. C. de pact. l. prædia 28. de act. empt.* sed denotat materiam, & est nomen actionis specialis. Unde explicandum quod tradit Ulp. *d. l. 24. de verb. cred.* eum, qui certum stipulatus est, ex stipulatu actionem non habere, sed condictione certi id persequi debere, nimirum non habere eum actionem, quæ in specie & τυχικῶς ex stipulatu dicitur, & est actio ex stipulatu incerti, *l. 4. princ. de usur.* VINN. Ita quidem usus invaluerat, ut si certum petereretur, actio vocaretur condictio certi: sin incertum, condictio ex stipulatu: sed quia contractus nominatus producere soleat cognominem actionem, satis apparet, actionem hanc dictam fuisse ex stipulatu, non modo si incertum, verum etiam si certum petatur. Exemplum est in *l. 83. §. 6. ff. de verb. oblig. l. 42. ff. pro soc. & alibi passim.* Nihil novi est, nomen generis uni speciei hæc rere. Non tam τυχικῶς hic deprehendo, quam usum vulgi, quem penes arbitrium est, vis, & norma loquendi.

Quia

Quia priorem actionem *conditionem* certi vocabant pragmatici, hic commune nomen alteri actioni relinquebant, eamque vocabant *ex stipulatu*: HEIN.

Si incerta sit) Sed inquis, an non incertitudo stipulationem viciat? Sane aliquando interest etiam, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum stipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, insulam ædificari non demonstrato loco; an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illuc stipulatio non consistit, *l. triticum*, 94. *cum seq. l. ita stipulatus*, 115. *in princip. hoc tit.* hic contra, vid. *sup. §. si generaliter*, 22. *de legat.*

(3) *Quod stipulum apud veteres firmum*) Eamdem hujus nominis rationem reddit & Paulus 5. *sent.* 7. quam & Div. Horomannus probat, & verissimam censet doctissimus Salmasius *lib. de usur. cap.* 6. Varro autem *lib.* 4. *de lingua*, cui fere & Festus consentit, a *stirpe* deducit. *Stipem* autem a *stipando* dictam scribit, eo quod veteres cum ære gravi uterentur, acceptum majorem assium numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant. Aliam hujus verbi erymologiam apud Isidorum *lib.* 3. *cap.* 24. reperio, ubi scribit, stipulationem nomen invenisse a *stipula*. *Veteres enim*, inquit, *quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum jungentes, agnoscebant sponsiones suas*: quod sumpserit, nescio.

Forte a stipite) Stipes est fustis validus terræ defixus, teste Festo. Durior autem videtur hæc notatio, & falsam esse arguit syllabæ quantitas, in uno brevis, in altero longæ. *D. Horomannus* legendum putat a στιπτὸς, id est, denso & spisso. Sed nihil muto, cum & Theophilus legat ἀπὸ τῦ στιλίχνι, *a stipite*. Probabilius est, stipulum dictum ex Græco στυλὸν & στυφὸν, quod Grammatici exponunt στιβρὸν, sive στερρὸν, *firmum solidum*. Dn. Salmas. *d. loc.*

TEXTUS.

De verbis stipulationum.

1. *In hdo olim talia verba tradita fuerunt*: Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. *Utrum autem Latina an Græca, vel quacunque alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed & solemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina constitutio data est, quæ solemnitate verborum sublata sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat: quibuscumque tandem verbis expressum est.*

NOTÆ.

Utrum latina, an græca) *l.* 1. *§. ult. eod.* & sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod de acceptilatione traditur, *l.* 8. *§. ult. de accept.*

Hæc solemnia verba) Quæ etiam directa, *l.* 10. *C. de contr. stip.* civilia, & legitima, quibus opponuntur vulgaria; *l.* 16. *de fidei d. lib.*

COMMENTARIUS.

1. *Ad substantiam stipulationis quænam adhuc requirantur.*
2. *Consectaria aliquot inde deducta.*
3. *Ut alia lingua quam Latina stipulatio fieri possit, a Sabino inductum videri.*
4. *Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi.*

OLim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque a Jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium *l.* 5. *§.* 1. *h. t.* Etsi autem scrupulosa hæc verborum observatio a Leone postea sublata est, *l.* 10. *C. eod.* illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac propositio contrahendæ verborum obligationis, *l.* 1. *princ. §.* 1. *& 2. h. inter*, 83 *§.* 1. *l. continuus*, 137. *hoc tit. l.* 7. *§. quod fere* 12. *de pact.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: sed neque surdus, qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest, *l.* 1. *§. penult. & ult. de oblig. & act. §. mutum*, 7. *inf. de inut. stip.* Præterea & illud hinc sequitur, stipulationem inter absentes contrahi non posse, sed nec posse in scriptis, licet partes præsentes sint: quamvis secus sentiat Wesembecius. Utitur ille argum. *l. optimam*, 14. *C. hoc tit. & l. non figura*, 38. *de obligat. & action.* Verum neutra id quod vult probat: sed illa hoc tantum, præsumptionem esse pro instrumento, in quo scriptum est, omnia solemniter esse acta, stipulationemque rite factam, *l. sciendum*, 30. *hoc tit. §. si scriptum*, 16. *inf. de inut. stip. §. ult. infr. de fideic.* hæc, non minus valere, quod litteris exprimitur, quam quod verbis nuncupatur. Sed sciendum est, hoc toties verum esse, quoties verba ad constitutionem actus necessaria non sunt: quemadmodum e converso cum scriptura ad essentiam rei requiritur, verba interveniisse non sufficit, *l. contract.* 17 *C. de instrum.* Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari, qui sine verbis adnuit, *l.* 1. *§.* 2. *h. t.* ubi hoc quoque adjicitur, adnuentem tantum nec naturaliter obligari: sed hoc referendum est ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum substantiæ obligationis ne quidem pro naturaliter obligato habeatur, qui adnuit tantum. Nam dubitandum non est, quin si quis interroganti serio adnuat, aut per litteras respondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & responsionis dicemus sub §. *præterea*, 5. *de inut. stip.* Postremo actus stipulantis & promittentis etiamnum continuus esse debet, *l. continuus*, 137. *princ. hoc titul.* Cæterum non omne intervallum excluditur, sed longiusculum, ut verisimile sit, ad alia negotia discessum esse, animumque contrahendi depositum, *d. l. continuus*, 137. *hoc tit. l.* 12. *princ. de duob. reis*. Quo loco pro verbo *prolatus*, ut hoc obiter moneam, mihi dubium non est, quin legendum sit *Proculus*. His itaque concurrentibus stipulationem contractam esse intelligimus, nisi ex circumstantiis, aut iis, quæ acta sunt, probetur, non stipulandi, sed paciscendi animum partes habuisse, *l.* 7. *§. quod fere*, 12. *de pact.* VINN. Atqui

l. 52. pr. ff. de duob. reis, pro *prolutus* legas *Proculus*, tunc verbum deerit ex. gr. *putat*, *scribit*, vel simile, quod si additur; emendatio erit paulo audacior. Immo vix tanti momenti tantæque obscuritatis erat quæstio, ut JCtos ea in re dissensisse putemus. Hinc Haloandri lectio magis probanda, qui pro *prolutus*, quod manifesto mendosum, legit *probatur*. HEIN.

Talia verba tradita) Neque aliis verbis stipulatio contrahi poterat. Itaque si quis, verbi causa, ita interrogasset, *Centum dare polliceris? Curabis hoc fieri?* respondente altero, *polliceor*, aut *curabo*, non contrahebatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis stipulationum scrupulositas, ut etiam dubitatum sit, an valeret hæc conceptio, *Dabis? Quidni? l. 1. §. 2. hoc tit.*

Latina an Græca lingua) Certum est, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam est stipulatio, solemnibus formulis ac verbis, ut tum dicebantur, legitimis usos fuisse, ac proinde non nisi Latinis. Sed cum stipulationis magnus esset usus, & plerumque aliis conventionibus, quæ quacumque lingua fieri solitæ erant, hæc annecteretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipsa quoque quacumque lingua fieri posset: videturque primus Sabinus hoc induxisse, ut Græca lingua posset stipulatio concipi: postea vero sensim ad aliam quamvis linguam idem jus productum *l. 1. §. ult. hoc tit.* Sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod & de acceptilatione traditur, *leg. 8. §. ult. de acceptil.*

Solemnitate verborum sublata) Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sublstulit, & quorumvis verborum opportunitatem admilit, *l. 10. C. hoc tit.* Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus, post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia. Mores vero hodierni pactorum & stipulationum jura fere confundunt; tam enim ex nudo pacto, modo serio & deliberato initium sit, obligatio & actio nunc nascitur, quam ex stipulatione, sive hoc ex jure Pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit, sive ex eo, quod posterioribus sæculis grave visum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cum hodie stipulationis non major vis sit, quam cujusliber pacti, nulla amplius est stipulationis necessitas, nec minus pacto, quam stipulatione & fidejussores constitui, & novatio fieri, & usuræ promitti poterunt. Verbo tamen stipulandi plerumque adhuc utimur, vid. Gomez. 2. *resolut.* 9. *num.* 3. & 11. *num.* 3. Gudelin. *lib.* 3. *de jur. nov. cap.* 5. Christin. *vol.* 2. *dec.* 91. Grot. 3. *manud.* 1. D. Tuld. *comm. hic cap.* 2.

TEXTUS.

Quibus modis stipulatio fit? De stipulatione pura vel in diem.

2. *Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti*, Quinque aureos dare spondes? *Idque confestim peti potest. In diem, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti*, Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? *Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur; sed peti prius, quam dies venerit, non potest: ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest; quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet: neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is dies præterierit.*

NOTÆ.

2. *Peti prius, &c. non potest*) *l. 44. §. 1. de obl. & act. l. 44. hoc tit. l. 9. in fin. princ. de reb. cred. l. 213. de verb. sign.* quo respiciens Ulp. *l. 41. §. 1. h. tit.* ait, diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur: id est, ne debeatur plene & efficaciter, non ita, ut peti possit.

Arbitrio solventis) Quoniam adjectio diei pro reo est, *d. l. 41. §. 1.* cui ob id liberum etiam ante diem solvere, & vel invito creditore, *l. 50. de obl. & act. l. 70. de solut. l. 38. §. 16. h. t.* nihil forte dies creditoris gratia adjectus, *l. 17. de reg. jur.* ut in *l. 15. de ann. leg. l. 15. §. 3. de usur.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex pura stipulatione quod statim agi posse dicitur, quomodo accipiendum? & exponitur §. ult. inf. de inutil. stip.*

2 *Dies incertus quando conditionem facit; & quid hic intersit legata & stipulationem?*

3 *Quid si apponatur dies finiendæ obligationis causa?*

4 *Effectus obligationis in diem, & num quod in diem debetur, ante diem recte offeratur creditori, licet accipere recusanti?*

5 *Utrum ante diem prorsus nulla sit actio, an statim una cum obligatione ipso jure actio nascatur, sed quæ intentata exceptione temporali removenda sit?*

6 *Explicatio l. 73. de verb. obl.*

7 *Formula quædam ejusdem efficaciæ, & alia notata digna.*

DIvisio stipulationis a diverso contrahendi modo, quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quam ad conventiones cæteras; nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat, vel pure, vel in diem, vel sub conditione. Quamquam in depósito dies aut conditio adjecta nihil operetur, *l. 1. §. depositum, 45. & §. seq. depos.*

Idque confestim peti potest) Puræ stipulationis dies, ita nostri loquuntur, statim & cedit & venit, *l. cedere 213. de verb. signif.* hoc est, id quod pure promissum est, confestim & debetur, & peti potest, *l. cum qui, 41. §. 1. l. cum qui, 56. §. qui ita, 2. l. liber homo, 118. §. 1. h. l. l. 14. de reg. jur.* Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, fatendumque jus exigendi competere, *d. l. cedere, 213. d. l. liber. hom. 118. §. 1.* Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis: eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacite insit: alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacite complectatur, quæ huc non pertinet, *l. interdum, 73. h. t.* Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in *§. ult. inf. de inutil. stipul. tum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quod traditio fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur, solutionem, & executionem obligationis referendum est; ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra

quod

quod traditio commode fieri, pecunia confici, & solutio expediri queat. Licet enim difficultas præstandi non moretur actionem, *l. continuus*, 137. §. *illud* 4. *h. t.* atque adeo qui decem hodie dare stipulatus est, ex ratione juris non præmature agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat, *d. l. liber homo* 118. §. *eod.* quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem, & solutionis exactionem intercedere æquum est, atque incivile statim cum facco venire creditorem, *argumen. quod dicimus*, 105. *de solut.* placet, debitori confitenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id, quod reis post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui ultro debitum agnoscit, quam qui negat (& convictus condemnatur; *l. judicatum*, 16. *judicat. solv.* junct. *l. si debitori*, 21. *de judic.* Don. ad *leg.* 41. §. 1. *hoc tit. n.* 34. *& seqq.* Ceterum DD. vulgo id judicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt, *argumen. l. in fraudem*, 45. §. *fiscalibus*, 10. *de jur. fisc.* Et sane nec præcise tempus judicati servare magistratus cogitur, *l.* 2. *de re jud.* sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest, vid. Menoch. *de arbit.* 2. *cent.* 1. *cas.* 27. Dura autem nimis est Cujac. in *dict. l.* 41. & Timæi Fabri *disp. anniv.* 23. sententia, qui nullum juramentum concedunt;

Cum adjecto die) Stipulatio in diem est, quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur. Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum est, an exiturus sit; veluti in hac conceptione, *Dabis, cum Titius uxorem duxerit*; aut *cum Titius pubes factus erit? l. si dies*, 21. *& l. seq. quand. dies leg.* Nam si illud dumtaxat incertum, quando sit exiturus, certum autem, exiturum esse: veluti si quis ita stipulatus fuerit, *Dabis, cum morior*, aut *cum morieris?* hujusmodi diem pro conditione non haberi, argumento est quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, *l.* 16. *cum* 2. *seqq. de cond. ind.* Equidem scio, in legatis hanc distinctionem observari, ut, si ita legetur, *Hæres meus cum morietur, decem dato*, id legatum quasi incerto die adscripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad hæredem legatarii vivo hærede defuncti non transeat. Si vero ita, *cum ipse legatarius morietur*, hoc quasi post certum diem relictum transmittatur, *l.* 1. §. *hær.* 79. *do cond. & dem. l.* 4. *quand. dies leg.* Sed non est talis legati, *Hæres meus cum morietur, Titio decem dato*, & stipulationis hujusmodi, *cum morieris, decem dare spondes*; eadem ratio. In legato adjectio illa, *cum hæres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippe quod præmoriente legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione vero hæc adjectio, *cum morieris*, nullam incertitudinem parit: nam etsi ante promissorem stipulator decesserit, hæredi tamen ejus debetur, §. 4. *infr. eod.* Unum etiam genus diei plane incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione, *cum petiero dare spondes?* quod ex proposito contrahentium intellectum est, quorum procul dubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur, non ut obligatio differatur in casum; ideoque si decesserо, prius, quam petiero, non videtur defeciisse conditio, *l. si decem, h. tit.* Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem facit; verum ita demum si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque ut terminus a quo. Quod si apponatur dies, ut terminus ad quem, id est, finiendæ obligationis causa, puta hoc modo, *Usque ad Calendas dare spondes*; aut, *Quoad vivam, dare spondes?* pure contracta obligatio intelligitur: cæterum petenti post Calendas, aut hæredi petenti obstabit exceptio pacti aut doli mali, *l. obligationum*, 44. §. 1. *de obligat. & action. l. cum qui*, 56. §. *quæsita*, 4. *hoc tit.* Vid. quæ sub §. *sequent.* Porro dies vel aperte adjicitur, ut formulis usitatis, *Calendis Martii, proximis nundinis, post biennium*; vel tacitæ stipulationi, verbis alioqui puræ, inest propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promissæ, ut in stipulatione operis faciendi, fructuum nascicturum, *l.* 14. *l. continuus*, 137. §. 2. *& 3. hoc tit.* §. *loca*, 5. *inf. eod.*

Statim quidem debetur) *L. stipulatio*, §. *inter*, 15. *l. centesimis*, 46. *hoc tit. l. cedere*, 213. *de verb. sign.* Atque hujus præsentis obligationis intuitu hujusmodi stipulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legatum, oppositive nimirum ad stipulationes & legata conditionalia, *l.* 9. §. 1. *de novat. l.* 79. *de condit. & demonstr.* Quid ergo est, quod Ulpianus in *l. eum qui*, 41. §. 1. *hoc titul.* ait, *diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur*; nimirum verbum debendi cum effectu eo loco Jurisconsultus accepit: ut sit sensus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plene & efficaciter, non ita, ut & peti possit: quod locus ipse satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem stipulationis cessisse; quod pugnaret cum manifesta ratione juris; sed venisse negat. Etsi autem diei adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit; alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum solutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit, *l.* 10. *de condit. ind.* ut possit novari & constitui, atque ita possit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti possit, *l.* 1. *& l.* 5. *de novat. l.* 3. §. *ult. & l. seq. de pecun. constit.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore recte solvat, *l. quod quis*, 50. *de obligat. act. l. quod certa*, 70. *de solut. l. stipulatio*, 38. §. *inter*, 16. *l. continuus*, 137. §. 2. *hoc tit.* quod interpretandum ex *l.* 9. *C. de solut.* Nam cum diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore, *d. l.* 41. §. 1. *eod.* medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem; quæ etiam ratio redditur in *dict. l. stipulatio*, 37. *& dict. leg. certa*, 70. Et vero quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare, *per vulg.* Et miror adeo Cujacium in re tam aperta dissensisse, atque eo magis, quod sententiæ suæ firmamentum petit ex *l. item*, 18. *de pecun. constit.* qui locus etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiam Cujac. juvat, *l. si solituras*, 39. *de solut.* numquam enim obtinebitur, importunum tempus esse id, quod diem adjectum antecedit. Postea comperi, & Guil. Masium dissentire, *lib.* 1. *sing. opin. c.* 4. cujus argumentis vel una hac responsione occurri potest, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Plane si appareat, diem adjectum esse creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, *l.* 3. *quod cert. loc. l. qui Romæ*, 112. *princ. h. t.* facit *l.* 15. *de ann. leg. l.* 17. *de reg. jur.* Don. in *d. l.* 41. §. 1. *n.* 47. *& seq.* D. Tuld. *comm. hic cap.* 12.

Peti prius, quam dies venerit) Quod in diem debetur, sive ex stipulatione, sive alia causa, id ante diem pe-

peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non posse innumeris locis proditum est, *l. certi, 9. in fin. princ. de reb. cred. l. quotiens, 24. de oper. libert. l. 7. l. 14. quib. ex caus. in poss. l. credere, 213. de verb. sign. l. obligationum, 44. §. 1. de obligat. & act. l. 14. l. qui hoc anno, 42. l. interdum, 73. l. existimo, 98. §. 1. hoc tit. cum simil.* Atque hactenus quidem Interpr. omnes conveniunt, quod etsi dies adjectus non impedit, quominus obligatio statim oriatur, tamen effici at, quominus statim agi possit. Cæterum non levis quæstio est, agitata Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex Gyno & Saliceto in *leg. un. Cod. ut act. ad hæred.* circa explicationem horum verborum *agi: peti non posse*: utrum scilicet ea sic accipienda sint, ut nulla prorsus ante diem actio esse intelligatur: an vero sic, ut ipso quidem jure una cum obligatione protinus nascatur actio, sed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, atque intentata exceptione temporis & plus petitioni submoveatur? Ego in hac quæstione posteriorem sententiam, quæ Citramontanorum fuit, probandam censeo cum Salic. in *dict. l. un.* & Gomez. 2 *resp.* 11. *num.* 21. Etenim posita causa obligationis proxima, præsenti videlicet obligatione, non potest non poni actio. Sed sunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obstare exceptio, §. *temporales*, 10. *inf. de except.* At exceptio necessario præsupponit actionem. Qui ante diem agit, *præmature, male*, & *perperam* agere dicitur, *l. un. in fin. quand. dies us. leg. ced. l. liber homo*, 118. §. 1. *hoc tit. l. 2. §. qui ita*, 5. *de eo quod cert. loc.* & *tempore plus petere*, §. *si quis*, 33. *inf. de act.* Qui autem nullam omnino actionem habet, si quid moverit, id non *male agere*, sed *inutiliter*, *l. bovem*, 43. §. *penult. de ædil. edict.* nec *plus petere*, sed *nihil facere* dicitur, *d. l. un. in fin.* Ad hæc effectu nihil interesse, utrum stipulationi pure factæ dies postea adjiciatur, an ab initio adjecto die stipulatio fiat, clare arguit *dict. §. temporales*, 10. *inf. de except.* & frigide contra disputat Donel. ad *l.* 41. §. *n.* 41. & 2. *seqq.* Denique si dies finiendæ obligationis causa, atque, ut loquuntur, adjectus per modum terminii ad quem, adveniens obligationem & actionem *ipso jure* non tollit, sed hoc tantum efficit, ut per exceptionem actio elidatur: etiam adjectus differendæ obligationis & actionis causa, atque ut terminus a quo efficere non potuerit, ne statim obligatio & actio nascatur; sed hoc tantum, ut mota ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obstat quod ajunt, contractus & obligationes pendere ex voluntate contrahentium, *l. 5. de obligat. & act.* actus agentium non operari ultra eorum intentionem, *l. non minus*, 19. *de reb. cred.* ut proinde cum debitoris intentio non sit, ut ante diem obligetur, nec creditoris, ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adjectum obligationem & actionem nasci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non potest, quo placuit, certis modis obligationem constitui & finiri, inter quos non est tempus, *l. obligationum*, 44. §. 1. *de obligat. & action.* Deinde non hoc in proposito agunt contrahentes, ne statim nascatur obligatio, sed ut differatur obligationis executio. D. Bachov. *hic.* Magis obstat *l. interdum*, 73. *h. t.* ubi Jurisconsultus, propositis aliquot speciebus stipulationum, quæ ex re ipsa dilationem capiunt, subjicit, *tunc actionem incipere*, &c. Et mox, *non antecedere diem*, &c. An dicimus aliud juris esse, cum dies tacite inest, aliud cum aperte adjicitur? An potius exemplorum omnium, quæ in *d. l.* 73. confusim proponuntur, non unam eamdemque esse rationem? Sane enim etsi stipulationes illic propositæ in eo omnes conveniunt, quod dilationem habeant, non eamdem tamen habent omnes, sed aliæ ex tacita conditione ut stipulatio operarum; aliæ ex conditione & die simul, ut stipulatio fructuum futurorum; aliæ ex die duntaxat, ut quod certo loco dari promissum est; secundum quæ nisi prædicta illa, *actionem incipere, diem cedere*, commode explicentur, in certissima juris principia impingatur necesse est. Sic ergo sentio, ex stipulatione in diem concepta statim & obligationem nasci & simul actionem quoad habitum & actum primum; sed diem adjectum impedire seu suspendere actum secundum, id est, exercitium actionis & operationem: breviter, ipso jure etiam actionem competere, sed quæ intentata ante diem stipulatione comprehensum exceptione repelli possit. Quid interfit, actio ipso jure non competat, an quæ competit, per exceptionem removeatur, dicemus *inf. sub. tit. de except.* VINN. Non solum in *l. 73. ff. de verb. obligat.* sed & in *leg. 72. §. ult. ff. eod.* quædam difficultas emergit eadem. *Plane* inquit Ulpian. *si insulam fieri quis stipulatus sit, non est expectandum, ut insula fiat, sic demum agi potest, quando insula fabricari possit. Sed sibi jam cæpit mora faciendæ insulæ fieri, hunc agetur: dieique obligationis cedit.* Quæ sane repugnare videntur *l. 14. & l. 84. ff. eod.* ubi post aliquod temporis intervallum, intra quod insula confici & obsolvi potuerit, actio nasci dicitur. Sed non repugnant. Vere enim agi potest, ubi mora faciendæ insulæ, quod promissor insulam justo tempore non inchoaverit; ad id, quod interest, moram factam non fuisse. Elapso autem tanto temporis spatio, intra quod probabiliter insula fieri potuisset, agitur ad id quod interest, insulam perfectam fuisse. Eodem modo explicanda videtur *l. 137. §. 3. ff. eod.* uti recte observavit Harprecht. *ad Instit. hoc tit. h. §. num. 5.* HEIN.

Ne eo quidem ipso die) Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem venisse, non cum dies stipulatione comprehensus venit: sed cum dies venit, qui illum sequitur. Est enim is, quo primum pecunia peti potest; non is, in quem stipulatio collata, *l. cedere diem 212. de verb. sign.*

Totus arbitrio solventis. Tempus adjectum pro reo, non pro stipulatore est, *l. 41. §. 1. hoc tit. l. 17. de reg. jur.* Ideoque nisi partes adjecti temporis omnes præterierint, stipulator non recte agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non recte petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteriit, *l. qui hoc, 42. hoc tit, ijgr. de inut. stipul.* Plane si quis ita stipuletur, *hodie dare spondes?* puram esse hanc stipulationem Papinianus respondit: neque enim in proposito diem differendæ actionis insertum videri, sed quo presens ostendatur esse responsum, *l. liber homo*, 118. §. 1. *eod.* sive autem hac formula concepta sit stipulatio, *Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare spondes?* sive ita, *Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas?* sive denique hoc modo, *Post Calendas, post biennium, post nundinas?* non prius recte petet, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterierint, ut promissio semper in tempus finitum, non cœptum referatur, *l. 12. l. 41. cum l. seq. l. eum qui, 50. §. quæsita, 5. l. 238. eod.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimum, *l. 12. eod.* Quod si simpliciter hoc modo: *Calendis Januariis dabis*, nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio

d. l. 41.

d. l. 41. in princ. Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promisit, in ea causa a DD. habetur, ac si annua bima trima die promisisset, id est, ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur. Sed recte prudentissimus D. Tuld. hoc ita demum probandum ait, si per relationem aut saltem ex consuetudine hoc actum appareat: alioqui judicem tempus arbitraturum habita ratione summæ & personæ promissoris.

TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis causa.

At si ita stipuleris, Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? *& pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed hæres petendo pacti exceptione submovebitur.*

NOTÆ.

3. *Decem annos*) Sive in singulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, sed multiplicandi causa. Eo autem omisso confestim quidem adhuc decem peti possunt, sed semel tantum, *l. 56. §. 4. h. t.*

Quoad vivam) Quid si hoc omissum? Tum effectus obligationis etiam post mortem durabit, *l. 16. §. 1. eod.* Legati autem annui ratio nonnihil diversa, *d. l. 16. §. 1. l. 4. l. 11. de ann. leg. l. 10. quand. dies leg.*

Quia ad tempus) Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi desinit, puta solutione, acceptilatione, novatione, &c. nihil autem horum est tempus, *l. 44. §. 1. de obl. & act.*

Pacti exceptione) Vel dolo mali propter illa verba *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationi adjecta, *d. l. 56. §. 2. & l. 44. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid juris, si quis stipuletur decem quoad vivet, non addito, annua?*
2 *Quid si decem in singulos annos, omisso, quoad vivet?*
3 *Quid, cum obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur?*
4 *Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos a simili legato? Et qui istius differentiæ effectus?*
5 *Quid juris in casu hic proposito?*

AGitur hic de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa, doceturque ea conventione non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione summoveri. Affertur pro exemplo casus, quo quis annuum quid stipulatur, quoad vivet. Nos vero, ut res planior fiat, tres casus distinguemus. Primus hic sit, si quis stipuletur decem, *quoad vivet*, non addito, *annuæ* aut in *singulos annos*. In hac specie responsum est, decem confestim recte peti, quemadmodum si quis usque in Calendas dari stipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere potest. Sed & obligationem perpetuari, ideoque & hæredem illius, & hunc post Calendas petere posse: Cæterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali submoveri, *l. cum qui, 56. §. qui ita, 4. hoc tit. l. 44. §. 1. de obs. & act.* Utrum autem, qui decem, quoad stipulator vivet, dare spopondit, intelligatur decem semel, quod Duareno in *d. l. 56.* placet, an decem annua promisisse, quod Donello ibid. & D. Tuldeno in *comment. hic cap. 11.* & ego quoque verius puto, (certe usui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc quæritur, id est, an statim ex ea stipulatione agi possit, & semel constituta perpetuetur, nihil interest. Alter casus hic esto: si ita stipulatio concepta sit, *Decem singulos in annos dabis?* omissis his verbis, *quoad vivam*. Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis, aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, *l. 8. §. si in singulos, 23. de transact. l. 12. §. novissimo, 6. quando dies leg.* Deinde in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere, quominus statim nascatur obligatio & actio, *arg. hujus §. 6. fac. l. g. 20. quand. dies leg. l. eum qui. 56. §. 4. h. t.* ac proinde initio cujusque anni decem tanquam pure promissa recte peti. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur, idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus, summam semel tantum deberi: non sæpius. Non idem juris est, cum quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & semel: quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus, nisi obligationis differendæ causa, *l. qui hoc, 42. hoc tit.* Aliud quoque est, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum a te stipulatus, & convenerit inter nos, ut eam divisis trium annorum pensionibus præstares, hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest: eademque ratio est sequentium, *l. lecta, 40. de rel. cred. l. 3. de ann. legat. l. si cui, 49. de legat. 1.* Postremo annuam stipulationem unam esse & perpetuam, ita ut ad hæredes quoque obligatio transmittatur, *l. 6. §. 1. hoc tit. arg. l. 13. Cod. eod.* Mollet. *5. semestr.* 48. quamvis id neget Bart. *arg. leg. sancimus, 35. §. ult. versic. sin autem, C. de donat.* Nam, ut bene observaverunt Contius & Cujacius, in eo versiculo corrupte legitur, *vel adjiciatur tempus vitæ*: eo enim modo si legas, pugnabit ex diametro dict. versiculus cum principio §. itaque omnino legendum, *vel non adjicitur*, ut Græci *lib. 47.* τὸ ἢ μὴ. Multum ergo differt stipulatio in singulos annos a simili legato. Legatum annuum multiplex est *l. 10. quand. dies leg. l. 11. de ann. leg.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarii finitur, *l. 9. dict. tit. l. 16. §. 1. hac tit.* Sic enim jus est, cum annuum aut in annos singulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad hæredem ejus legatum illius anni transeat, sequentium vero annorum legata conditionalia existimentur, iisque inesse videatur hæc conditio, si legetarius vivet, ejusque tantum anni legatum transmittatur, quo legatarius vixit, *leg. 4. l. 8. de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excuritur persona legatarii, an jus capiendi habeat. *l. 11. d. tit.* Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, *d. l. 16. §. 2. hoc tit.* ut tamen si plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, *l. si a colono, 58. de fidejuss.* Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantum & initio contractus inspiciatur, *l. senatus, 35. §. ult. de mort. caut. don. l. si filiusfam. 78. hoc tit.* Cujus differentiæ hic effectus, ut si verbi causa servus

cui

cui annuum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, *l.* 12. §. 2. *quand. dies legat.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, *d. l. si Sylliusfam. & d. l. senatus*, 35. §. ult. Postremo, ut jam diximus, stipulatio in singulos annos perpetua est, nec morte stipulatoris finitur, *d. l.* 16. §. 1. *hoc tit.* Cur tam varie? Nimirum quia testator in legato annuo, etsi non adjecerit, *quoad vivit legatarius*, soli tamen legatario consulere voluisse creditur, non hæredi ejus. Præsumptio ex eo, quoniam legata vel ob meritum personæ legatarii, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinqui solent, *l.* 9. *cum seq. pro soc.* quoniam neutrum in hæredem legatarii, utpote quem testator non novit, cadere potest. At in conventionibus pro communi hominum affectu ea mens & cogitatio contrahentium esse putatur, ut qui sibi cavet, etiam hæredibus cautum velle intelligatur, nisi contrarium probetur, *l.* 9. *de prob.* Plane si causa obligationis cohæreat personæ stipulatoris, veluti si quid annui in alimenta alicui promissum fuerit, aut si medicus certam summam annuam stipuletur, *l.* 10. §. 1. *de ann. legat.* dicendum est, tali stipulatione personam hæredis non contineri, ideoque si petat, doli mali exceptione posse submoveri. Tertius & postremus casus sit, qui hic proponitur, si quis stipuletur, decem annua, *quoad vivet*, sibi dari. Justinianus expresse ait, hoc casu obligationem pure factam intelligi, atque etiam perpetuari, quoniam ad diem obligatio constitui non potest. Quamobrem quod proprium est puræ obligationis, ex hac stipulatione similiter, ut ex superiore, confestim seu initio cujusque anni recte agetur, nec morte stipulatoris finietur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem casum interest, quod hic hæredes stipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illa, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationis causa adjecta esse constat, *l. cum qui*, 56. §. 4. *hoc tit. l. obligationum*, 44. §. 1. *de obl. & act.* illic obligationis effectus etiam post mortem duret, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

De Conditione.

4. *Sub conditione stipulatio fit, tum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio. Veluti*, Si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur*, Si in Capitolium non adscendero, dare spondes? *perinde erit ac si stipulatus esset, cum moreretur sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.*

NOTÆ.

4. *Proinde ac si cum moreretur*) In eo utraque hæc stipulatio convenit, quod ex neutra ante mortem agi potest: cæterum illa, *Si in Capitolium non adscendero*, conditionalis est, & obligationem differt; altera vero, *cum moriar*, in diem, quæ non differt obligationem, *l.* 17. *& seqq. de cond. ind.*

In hæredem transmittimus) Ut existente postea conditione etiam hæres stipulatoris agere possit, *leg.* 57. *hoc tit. fac. l.* 8. *de pec. & commod. rei vend.* Non idem est in conditionalibus legatis, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Cur tam varie? Quia stipulationes etiam conditionales ex præsenti vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in suspenso sit, *l.* 26. *de stip. serv. l.* 144. §. 1. *de reg. jur.* Legata autem demum cum deberi incipiunt, *d. l.* 4. *& 5. l. un.* §. *de cad. toll.* Unde & aliæ differentiæ, de quibus in *l.* 42. *de obl. & act. l.* 27. *qui & a quib. man. l.* 78. *hoc tit. l.* 18. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit conditio & quotuplex? tum quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant?*
2 *Etiam promissiones, quibus tacite conditio inest, pro conditionalibus esse.*
3 *In conditionibus arbitrariis quid juris?*
4 *De cautione Muciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus?*
5 *Pendente conditione nihil tum deberi, & quæ inde consequentia?*
6 *Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.*
7 *An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias?*

HActenus dictum de stipulatione pura, & ea, quæ fit in diem: sequitur ea, quæ fit sub conditione. Condicio, ut alibi quoque definivimus, est adjectio, qua id quod dari aut fieri volumus, confertur in aliquem casum: ad quem modum etiam hic definitur. Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & casus, sive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §. *pen. infr. cod.* & quas certum est omnimodo exituras esse, veluti si stipuler mihi dari, *si morieris*; *si Calendis sol orietur*, *l.* 10. *de cond ind. l. hæres*, 79. *de condit. & dem. l.* 9. §. 1. *de novat.* pro conditionibus non sunt habendæ. Enimvero quidquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrarium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem, *l. centesimis*, 46. §. 2. *l. quidquid*, 99. §. 1. *l. a Titio*, 508. *l. ita stipulatus*, 115. §. 1. *& 2. h. t. l.* 2. *l.* 7. *de cond. & dem.* Atque hinc nata distinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam sint casuales, quæ scilicet a solo casu dependent, veluti, *Si Titius consul factus fuerit, vel non fuerit*. Quædam potestativæ, quarum impletio in potestate reorum est, ut, *Si Capitolium adscenderis, vel non adscenderis*. Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut, *Si Mæviam uxorem duxeris*. Duæ omnino conditiones sunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impossibilis in faciendum concepta, *l. hoc tit. impossibilis*, 11. *infr. de inut. stip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi aperte collata est, *l.* 17. *d. l.* 46. §. *ult. d. l.* 108. §. *ult. hoc tit. l.* 8. *de obl. & act. l.* 13. *C. de cont. empt.*

Cum in casum differtur obligatio) Atque ideo, existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, *l. cedere*, 213. *de verb. signif.* Differtur autem obligatio in casum non tantum conditione conventionis expressa, ut in exemplis hic propositis, sed etiam intellecta seu tacite comprehensa. Quod ex rebus ipsis intelligitur. Puta vel ex incerto tempore, veluti si dies incer-

certus stipulationi adjectus fuerit, qui an extiturus sit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonstratione rei promissæ in futurum collata. Ut in hac conceptione, *Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare spondes; l. 6. de legat.* 1. *l. nuper*, 85. *de legat.* 3. item in hac, *quod patrem meum debere constiterit, dare spondes? l. qui Romæ*, 122. §. *Aggerius*, 4. *hoc tit.* vel ex rei promissæ natura: veluti cum promittitur res, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis est promissio fructuum, qui in fundo nascentur, *l. interdum*, 73. *h. t.* item promissio dotis, cui inest hæc conditio, si nuptiæ sequantur, *l. 21. de jur. dot.* Itaque has etiam conventiones, & si quæ sunt similes, sciamus conditiones esse.

Committatur stipulatio) Committi stipulatio dicitur existente conditione, sub qua stipulatio facta est, ut jam ex ea agi possit, *l. ita stipulatus*, 115. §. 1. & 2. *l. qui Romæ*, 122. §. *Aggerius*, 3. *hoc tit.*

Si in Capitolium non adscendero) Jurisconsulti cum de conditionibus tractant, celeberrime his exemplis utuntur, *Si in Capitolium adscenderis*, aut, *Si in Capitolium non adscenderis*. Quod ex consuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut sacra facturi una cum Pontifice in sacram arcem scandebant, Horat. 3. carm. *ad Melpemenen. Od.* 40. *v.* 6.

Non omnis moriar, multaque pars mei
Vitabit Libitinam. Usque ego postera
Crescam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine pontifex.

Tacit. *lib.* 14. *cap.* 61. *Exin Capitolium scandunt, Deosque tandem venerantur*, Plin. *in paneg. cap.* 5. *Tibi adscendenti de more Capitolium civium clamor ut jam Principi occurrit.* Plura hujusmodi in veterum scriptis observavit D. Duar. 1. *disp.* 14.

Ac si stipulatus, cum moreretur) In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur, donec certum atque exploratum sit, fieri amplius non posse. Ut ecce, si hoc modo stipulatus fuero, *Si intra biennium Capitolium non adscenderis, dare spondes?* non nisi præterito biennio recte petam, *l. quicquid*, 99. §. 2. *hoc tit.* Idem est, si conditio in dando posita sit, dummodo stipulatio a conditione incipiat: veluti si sit ita cautum, *Si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes*; nam & hic responsum est, non ante committi stipulationem, quam si Pamphilus desiisset posse dari, *l. ita stipulatus*, 145. §. 2. *eod.* Dixi, si stipulatio dandi a conditione cœpit: nam si non a conditione, sed ab alia pactione cœperit, veluti si ita fuerit concepta, *Pamphilum dare spondes? Si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?* committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit, *d. l.* 115. §. 2. His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio: *Dabis, si in Capitolium non adscenderis?* post mortem demum rei promittendi stipulationem committi; quandoquidem tum demum certum esse cœpit, in Capitolium eum adscendere non posse, *d. l.* 115. §. 1. Quod si conditio non faciendi in personam rei stipulandi collocata fuerit, ut in exemplo hic proposito, illius mors expectanda erit. Et itaque illo casu hæres promissoris demum conveniri poterit, hoc demum agere hæres stipulatoris. In legatis sub conditione non faciendi collata in potestatem legatarii aliud servatur, placetque desiderante legatario, statim repræsentari legatum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator fieri noluit; si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum: quæ cautio, quod a Q. Mucio inventa & composita est Muciana dicta, *l.* 7. 18. *l. hæres*, 79. §. 2. *de condit. & demonstr.* Quæ vero ratio est, quod hæc cautio in legatis & hæreditatibus admissa, in contractibus non item? nimirum quia voluntati testatoris satisfieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod solum testator creditur spectasse. In stipulationibus autem sine injuria promissoris admitti non potuit. Nam qui promittit sub hujusmodi conditione, *si in Capitolium non adscendero*, satis aperte hoc agit, ut ne ipse unquam conveniatur, sed demum ipsius hæres: & eadem conditione in personam stipulatoris collata, ne stipulator unquam petere possit, sed illo mortuo, hæres ejus: & alias quoque in ambiguo secundum promissorem interpretatio fit, & stipulatori imputatur, quod non apertius stipulationem conceperit, *l. quidquid*, 99 *hoc tit.* Aliam rationem reddit Ant. Fab. 2. *conj.* 16. quod nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi intercidirent: quam & olim Porcius attulit, & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hæreditatibus valere potest; in legatis falsa est: quippe cum, ut ad hæredem legatum transferatur, sufficiat, moriente legatario diem legati cedere, *l. ult. de cond. inst.* Gomez. 2. *resol.* 11. *n.* 37. Cujac. 14. *obs.* 22.

Ac si cum moreretur) Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum, *Si Capitolium non adscendero, dare spondes?* & *Dabis, cum moriar?* in eo duntaxat consistit, quod ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris: cæteræ sunt dissimiles. Quippe prior illa conditionalis est, non actionem tantum, sed etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua, licet ante diem non recte agatur, præsens tamen obligatio est, *leg. nam*, 17. *cum l. seq. de cond. inst.*

Tantum spes est debitum iri) Vis conditionis omnis hæc est, ut pendente ea nihildum debeatur, ea impleta perinde habeatur, ac si ab initio pure debitum fuisset: deficiente, quasi nulla unquam fuisset obligatio, *l.* 16. *de cond. ind. l.* 26. *de cond. instr. l.* 5. §. 2. *quando dies l. l. cedere*, 213. *de verb. sign. l.* 8. *de per. & com. rei vend. l.* 11. §. 1, *qui pot. in pign.* Cum itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata sit, consequens est, id quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non recte solvi, ac proinde, si pendente conditione solutum sit, repeti posse, *d. l.* 17. *l.* 17. *l. qui promisit*, 48. *de cond. ind. l. stipulatio*, 35. §. *interdum*, 16. *h. t.* eademque ratione nec novari poterit, aut constitui, nisi hac lege, ut eadem conditio expectetur, *l.* 14. §. 1. *de novat. l. id quod*, 19. *de pec. const.* Hinc intelligitur, quantum intersit inter stipulationem in diem, & conditionalem.

Eamque spem in hæredem transmittimus) Si pendente conditione aut stipulatori aut promissori quid humanitus contingat, nihilominus in suspenso manet obligatio, atque existente postea condirione stipulatio committitur, ut aut hæres stipulatoris agere, aut hæres promissoris conveniri possit, §. *penult. infr. de inut. stip. leg. si quis*, 57. *hoc tit. l. in quantitat.* 73. §. 1. *ad leg. Falcid. fac. l.* 8. *de per & comm.* Non obstat regula juris veteris, quæ vetabat, obligationem ab hærede aut contra hæredem incipere. Nam conditio existens retrotrahitur ad tempus contractus: hoc est, ubi semel extitit conditio, perinde habetur, ac si ab initio sine conditione obligatio contracta fuisset, *l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.*

in pign. d. l. 8. de perit. & commod. Cur ergo diversum jus sequimur in conditionalibus legatis, placetque mortuo ante eventum conditionis legatario ad hæredem ejus nec spem ullam transmitti? *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies legat. l. unic. §. fin autem, 7. Cod. de eadem toll.* Cur, inquam, cum tam ex causa legati conditionalis, quam ex simili stipulatione spes sit debitum iri, non æque spes illa transmittitur in hæredem legatarii, atque in hæredem stipulatoris? Nimirum ideo, quia cum beneficia suprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob causam solent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, *l. 9. pro soc.* existimandum est, testatorem in legando personam tantum legatarii cogitasse, eique soli, non etiam hæredi ejus, qui incertus est, beneficium conferri voluisse. At in pactis & contractibus non tam ad personas paciscentium, quam ad rem familiarem respicitur, creditumque quisque eo animo esse, ut non tantum sibi, verum etiam hæredibus suis prospectum velit, *leg. 9. de probat.* add. Gomez 2. *resol.* 11. *n.* 12. D. Tuld. *comm. hic cap.* 7. Ad hæc contractus etsi conditionalis est, tamen ex præsenti vires accipit, *l. 26. de stipul. serv.* argumentum est, quod jam ab initio hactenus personas contrahentium adstringit, ut alteri invito altero non liceat ab eo recedere, *leg. 5. C. de oblig. & action.* Unde quoque est, quod eum, qui sub conditione stipulatus est, etiam pendente ea, placet, creditorum numero in quibusdam causis haberi, *l.* 10. *l. conditionales, 54. de verb. signif. l. 4. de reb. auct. jud. poss. l. 9!* §. 1. *t.* 11. §. 1. *qui pot. in pign. l. filiusfam. 78. hoc tit. l. 16. de solut.* in quo item dissimilis causa est ejus, cui sub conditione legatum est, *l. is cui, 42. de obligat. & action.* Cujac. *in. d. l.* 10. *de verb. signif.* VINN. Et hanc posteriorem rationem breviter inculcat Paulus, *l. ult. ff. comm. prædio. Nec enim sicut viventium, ita & defunctorum exitus suspendi, receptum est.* Quæ verba eleganter interpretatur D. Hubert *Prælect.* ad *Instit. hoc tit.* §. 3. HEIN. Enimvero quod hic simpliciter traditum est, ex conditionali stipulatione, quæ spes est debitum iri, eam ad hæredem stipulatoris transmitti, id plerique opinantur ad eas duntaxat conditiones pertinere, quæ a causa pendent; arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus potestatem collatæ sunt, *arg. l. qui hæredi, 44. l. si expressum, 69. l. a testatore, 109. de cond. & dem. l. si ita, 65.* §. *ult. de legat.* 1. Gail. 2. *observ.* 2. Verum ergo putarem, in contractibus distinguendum esse inter ipsas conditiones arbitrarias, ut siquidem factum contineant cohærens personæ, aut alias in opponendo persona solummodo spectata sit, earum implendarum jus ad hæredem non transeat. (7) At si talis sit conditio, quæ eodem modo ab hærede impleri possit, puta, si in dando consistat, hic quia non videtur persona operave personæ spectata, dicam, jus implendæ conditionis licet arbitrariæ ad hæredem stipulatoris transmitti. Nam cum hujuscemodi conditio, per quamvis alium nostro nomine impleri possit, cur non & per hæredem possit, qui eadem persona cum defuncto habetur? *l. ult. de cond. inst. fac. leg. diem, 27.* §. 1. *de recept. arb. l. si prædio, 15. de in diem addict. leg. 8. de per. & comm. rei vend. leg. 2. Cod. de pact. int. empt.* Vid. Duar. *in Scævol. num. 14. & seqq.* Cujac. *in leg. si quis, 57. hoc tit.* D. Tuld. *comm. hic cap. 9!*

TEXTUS.

De loco.

5. *Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti,* Carthagini dare spondes? *Quæ stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur,* hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erat stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.*

NOTÆ.

5. *Impossibilis repromissio*) Cajus tamen *l. ultim.* §. 4. *hoc tit.* casum proponit, quo etiam talis stipulatio utilis esse potest.

COMMENTARIUS.

HUjus tituli §. 2. cum de stipulatione in diem agemus, diximus, esse quasdam stipulationes, quæ licet verborum figura puræ sint, tamen ad stipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacite tempus complectantur, atque ex re ipsa dilationem habeant: cujus generis etiam ea est, de qua hic agitur, cum locus stipulationis insertus est.

Re ipsa dilationem habet) Cum stipulamur quid dari certo loco: puta Carthagini aut Ephesi, stipulatio verbis pura ex re ipsa dilationem capit: inest enim tacite tempus, quo Carthaginem aut Ephesum pervenire possit: nam alioqui præstatio sit impossibilis, *l. eum qui, 41.* §. 1. *l. interdum, 73. l. continuus, 137.* §. 2. *h. t. l. 2.* §. *qui ita, 6. quod cert. loc.* Quodnam vero tempus hic accipi oporteat, eleganter nos docet Venulejus *d. l. continuus, 137.* §. 2. nimirum totam eam rem ad judicem, id est, virum bonum, remittendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis; περὶ τοῦ ὁδὸν διάστημα, ætatis, sexus, valetudinis quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promisit.

Si quis Romæ, &c.) Si quis Romæ stipuletur: *Hodie Carthagine dari*, inutilem esse stipulationem placet, *d. l. 2.* §. *quis ita, 6. quod cert. loc.* optima ratione, quia tali stipulatione causa impossibilis continetur. Neque enim qui Romæ est, intra unum diem potest Carthaginem pervenire: nisi vero eo pervenerit, Carthagine dare non potest. Igitur impossibilitas præstationis inutilem in casu proposito stipulationem facit, perinde quasi impossibilis conditio adjecta sit, cujus adjectione stipulationem, cæterosque contractus vitiari constat, *l. non solum, 31. de obl. & act. l. 7. hoc tit.* §. *si impossibilis, 12. infr. de inut. stip.* Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet, conditionem impossibilem, aut spatium temporis ad dandum impossibile, pro non adjecto haberi, *l. 1. l. 6. de cond. instit. l. 3.* de *cond. & dem. l. 12.* §. 1. *de legat.* 1. Diversitatis ratio alibi a nobis indicabitur, *d.* §. *si impossibilis,* 11. Cajus *l. ult.* §. *si inter, 4. hoc tit.* casum proponit, quo etiam stipulatio hæc Romæ facta, *Hodie Carthagine dare spondes?* valere potest, nempe si tam stipulator, quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem, addito mandato, ut alter daret, alter acciperet

TEXTUS.

De conditione ad tempus præsens vel præteritum relata.

6. Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur, qui statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti. Si Titius consul fuit: *vel,* Si Mævius vivit, dare spondes? *Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sunt.*

NOTÆ.

6. Ad præsens, vel præteritum tempus) Conditiones ad præsens, vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non sunt, sed tantum κατὰ τὸ λέγεσθαι & figura verborum, *l. 37. & 39. de reb. cred. l. 120. hoc tit.*

Nihil valet stipulatio) Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit, *statim infirmant obligationem.*

Licet apud nos incerta) Dummodo jam sint, aut præterierint: ut si non a nobis, saltem ab aliis sciantur, *l. 38. de reb. cred.* Nam in futuris, quæ & ipsa in rerum natura certa sunt, non rerum naturam, sed nostram intuemur insciticm, *l. 21. §. ult. de judic.* quia futura nulli mortalium cognita, Demosth. *orat. de Rhod. lib.* ἄδηλον τὰ μέλλοντα ἅπασιν ἀνθρώποις.

COMMENTARIUS.

In futuris insciențiam nostram inspici, non rerum naturam: in præsentibus & præteritis contra.

CONditionis proprium est, rem in aliquem casum, id est, in incertum eventum differre, §. 4. *supr.* Id autem fit, cum oratio in futurum confertur, non cum in tempus præsens aut præteritum: nam futura tantum incerta sunt, præsentia & præterita certa, etsi contrahentes veritatem ignorent. Et ideo placuit, sermonem ad præsens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere: veluti, si quis dixerit: *Si Rex Parthorum vivit, si Cæsar victoria potitus est.* Sed in proposito aut statim obligationem perimi; aut omnino non differri. Perimi, si ita non sit, si Rex Parthorum non vivit, Cæsar non vicit: non differri, si ita sit, *l. conditio, 100. l. si ita, 120. hoc tit. l. cum ad 37. eum, 2. seqq. de reb. cred.*

Conditiones, quæ ad præsens) Hæ orationes, *Si Titius consul factus est, Si Mævius vivit,* & similes, quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt: quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeatur, aut pure debeatur: nihil, si falsæ: pure, si veræ. Pugnant autem, pure deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in *leg. Cornelius, 69. de hæred. inst. l. itaque, 39. de reb. cred.* Licebit itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relatis, ut dicamus esse quasdam conditiones secundum esse, quæ scilicet vere tales sunt, & obligationem suspendunt, cujusmodi sunt, quæ in futurum conferuntur: quasdam secundum dici, quæ figuram duntaxat conditionis habent, vim & potestatem non obtinent, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est extirutas esse, veluti si quis stipuletur sibi dari, *Si Titius moriatur, l. 9. §. 1. de novat. l. 17. cum seq. de cond. indeb.* VINN. Non magis proprie conditionis nomen meretur conditio impossibilis, partim quod ea obligationem non suspendit, sed perimit; partim, quia eventus jam antea certus est, nempe quod conditio numquam sit extitura. Ergo & hæc proprie dicitur conditio. HEIN.

Aut statim infirmant obligationem) Modestin. *l. conditio hoc tit. 100. perimunt.* Quod abusive dici constat. Nam si rem spectamus, falsum id est, cum obligatio perimi non possit, quæ nulla est. Sed cum ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio extiterit, necne; cujus ipsius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cum apud nos certum esse incipit, conditionem esse falsam.

Nihil valet stipulatio;) Quod modo dixit, statim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum sit, ex his verbis intelligitur, nimirum si hæc conditio, *Si Mævius vivit*, falsa sit, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, *leg. 37. de rebus cred.*

Quæ per rerum naturam certa sunt) Dummodo jam sint aut præterierint, aut etiam ab hominibus licet non omnibus sciantur. *l. respiciendum, 30. de reb. cred.* Unde apparet non recte cum casu hic proposito comparari casum *l. sed etsi, 28. §. ultim. de jud. & l. 3. si pars hær. pet.* Nam quod in utero est, adhuc futurum est, ac nemo hominum scire potest, unusne an plures, & quot in utero sint, & an nascituri sint; ut merito in eo insciențiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alicui etiam certa: quæ futura sunt, *d. l. 28. ult. de judic.* quamquam in specie illic proposita narrasse Jurisconsultos constat ex *l. cum quidam, 30. §. suum, 6. de acquir. hæred.* & distingui etiam potest inter obligationem seu jus petitoris, quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solum pendet, de quo hic quæritur, & petitionem, quæ indicio instituitur, & probationem etiam ejus, quod accidisse dicimus, desiderat, de qua agitur in *d. l. 28. §. ultim. de judic.* Nam & in termini hujus §. si ad judicem itum fuerit, quamdiu is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne, sententiam secundum petitorem aut promissorem ferre non poterit; licet per se verum sit & certum, valere aut non valere stipulationem. Nec tamen ideo Hotomanno assentior, qui putat, hujusce modi stipulationem, *Si Mævius vivit, dare spondes?* quantumvis id per se verum sit, non pro pura habendam esse, sed pro concepta in diem. Puram enim eam esse ostendit hic locus, & *l. conditio, 100. hoc tit.* siquidem pura dicenda est, quæ obligationem omnino non differt, id est, cujus dies & cessit & venit, *leg. cedere diem, 213. de verb. signif.* ac proinde si stipulator statim ex tali stipulatione agat, non repelletur exceptione, nec causa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quasi perperam agat, & plus tempore petat: sed petenti terminus ad probandum a judice dabitur, ut recte Joann. Faber. *hic.*

TEX-

TEXTUS.

Quæ in ſtipulatum deducantur?

1. *Non ſolum res in ſtipulatum deduci poſſunt, ſed etiam facta; ut ſi ſtipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et hujuſmodi ſtipulationibus optimum erit pœnam ſubjicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit. Itaque ſi quis, ut fiat aliquid, ſtipuletur, ita adjici pœna debet.* Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes? *Sed ſi quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione ſtipuletur quis, clauſula hujuſcemodi erit adjicienda.* Si adverſus ea factum erit, ſive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes.

NOTÆ.

L. Sed etiam facta) *L. 2. pr. eod.* In facto conſiſtere ſtipulatio dicitur, non tantum cum quid fieri cavetur, ſed etiam cum non fieri, *d. l. 2. §. pen.* quamquam interdum diſtinguuntur, *l. 75. §. 7. eod.* Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promiſſum eſt, *leg. 14. l. 84. eod.* hæc, ſi quid factum ſit, contra quam cautum fuit, *d. l. 2. §. pen. l. 4. eod.*

Optimum erit) Quia difficilis eſt incertæ rei æſtimatio. Sen. 3. *de benef. 6.*

Ne quantitas ſtipulationis in incerto) Cum quid fieri ſtipulamur, incertum ſtipulamur, *d. l. 75. §. 7.* Ratio eſt, quia id in ſtipulationem venit, quod ſtipulatoris intereſt, *l. 68. l. 72. eod. l. 13. in fine de re jud.* hoc autem eſt incertum, quod non in jure, ſed in facto conſiſtit, *l. 24. de reg. jur.* utpote continens id, quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus, *l. 13. rem rat. hab.* quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurri poteſt ſubjecta ſtipulatione pœnæ, *l. ult. de ſtip. præt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cum quid fieri ſtipulamur, cur incertum ſtipulari videamur?*
2 *In facti obligatione numquam factum ita verſari, uti peſti poſſit, ſed id quod intereſt duntaxat.*
3 *Facta hic intelligenda nuda & ſimplicia, non quæ in rei alicujus præſtatione conſiſtunt: tum quid hic juris hodie?*
4 *Id quod intereſt, incertum eſſe, & qua ratione?*
5 *Pœnæ ſtipulatione incertitudini obligationis occurri.*
6 *An per ſubjectam pœnale ſtipulationem præcedens novetur obligatio?*

INſignis hic locus eſt propter ſtipulationes & obligationes faciendi. Non res tantum, ſed etiam facta in ſtipulationem deduci poſſe conſtat: unde quædam ſtipulationes in dando, quædam in faciendo conſiſtere dicuntur, *l. 2. hoc tit.* (1) Cum quid fieri ſtipulamur, incertum ſtipulari videmur, *l. ubi 77. §. qui 7. eod.* non utique ob id tantum, quod priuſquam quid fiat, incertum eſt, an fiat, aut ſi fit, incertum quale ſit: ſed multo magis, quia ſi promiſſor non faciat, per moram tacita quadam poteſtate juris inducitur novatio & obligatio in id, quod intereſt, cujus quantitas eſt incerta, *leg. ſi pœnam, 68. eodem*, & ideo utile eſt, ſtipulationi faciendi pœnam ſubjicere; quod hic monet Juſtinianus, & Venulejus, *l. ult. de præt. ſtip.* (2) Sed quoniam in hunc locum incidimus, age paulo plenius eum explicemus. In obligationibus faciendi ita jus eſt, ut licet ab initio & quandiu fieri poteſt, quod promiſſum eſt, factum in obligatione verſetur, unde etiam obligatio faciendi dicta; tamen nunquam ita, ut id peti poſſit: quippe ex ſtipulatione faciendi placet, non ante agi poſſe, quam tempus illud præterierit, intra quod fieri debuit, & potuit, quod promiſſum eſt; ſed eatenus tantum, ut promiſſor præſtando quod promiſit liberetur. Poſtquam autem tranſiit tempus, intra quod fieri poterat quod promiſſum eſt, exinde contineri incipit, ſolumque deberi, id quod intereſt, *l. 14. l. ſtipulationes, 72. l. ſi inſulam, 84. l. ſi quis 112. §. ult. hoc tit. l. 12. in fin. de re judic.* ut tamen quamdiu lis nondum conteſtata eſt, placeat promiſſorem pararum præſtare quod promiſit, adhuc audiendum eſſe, & faciendo liberari, *dict. leg. ſi inſulam, 84.* Nam hic locum habet, quod de emendatione moræ a Celſo adoleſcente ſcriptum memorat Ulpianus, *leg. ſi ſervus, 91. §. 3. hoc tit.* facultatem offerendi mora amiſſam ſummo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. VIMN. Ita quidem vulgo. Sed nulla ex addictis legibus hoc probat. Non enim quæritur, an qui factum promiſſum non præſtitit, deleat, id, quod intereſt: Id leges affirmant, & nemo negat. Sed quæſtio eſt, ſi, qui factum ſtipulatus eſt, urgeat, ut promiſſa exiſtent, an non remediis Prætoriis compelli poſſit promiſſor, ut faciat, quod ſe facturum promiſit? Et id nunquam negant leges. Adeoque falſa ſunt illa quæ vulgo audiuntur. Ad factum nemo poteſt cogi. Item; Qui factum promiſit, liberatur, præſtando quod intereſt. Vid. Cujac. *ad leg. 72. ff. de verb. obligat.* Coraſ. *Miſcell. lib. II. cap. 3.* Perez. *Erotem. ad §. ultim. Inſtit. hoc tit.* D. Huber. *Prælect. ad inſtit. hoc tit. §. 5.* HEIN. (3) Cæterum ex factis ea tantum huc pertinere arbitror, quæ nuda ſunt & ſimplicia, ſeu quæ in meris faciendi finibus conſiſtunt, operamque hominis & membrorum corporis deſiderant; qualia ſunt. *Romam ire, tabulam pingere, inſulam ædificare, foſſum fodere*; cujuſmodi in hac diſputatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hactenus tantum in obligatione eſſe intelliguntur, ut faciendo debitor liberetur: peti nunquam poſſunt, ſed id ſolum, quod intereſt; neque id ſtatim, ſed tum demum, cum tranſierit tempus, quo potuit fieri quod promiſſum eſt. At ſi factum quod in conventionem deductum eſt, in rei alicujus præſtatione conſiſtat, ſive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem, ordinetur, id magis pro donatione, quam pro facto habendum puto, *arg. l. in conventionalibus, 52. §. 1. hoc tit.* & rem ipſam, ad quam principaliter reſpicitur, peti poſſe. Neque enim dubitandum, quin ſi ex cauſa venditionis ſtipulatus ſim rem mihi tradi, eam ipſam rem petere poſſim, l. 11. §. 2. *de act. empt.* Utrum autem ut hoc caſu res peti poteſt, ita & præciſe præſtanda ſit, an ſolutione ejus, quod petitoris intereſt, liceat defungi, alibi fortaſſis tractabitur. In præſentia ſatis eſt nos ſcire, de quo genere factorum hic agitur, nimirum de nudis & puris, quæ extorquere ab invitis ſpecies quædam ſervitutis videatur. Duaren. in *dict. leg. ſtipulationes, 72. hoc tit.* Atque hæc communis quoque DD. ſententia eſt. Vid. Chriſtin. *volum. 1. deciſ. 323.* Noſtro

ſtro hodierno jure in omnibus faciendi obligationibus promiſſorem præciſe cogi ad facti præſtationem, tradit Groenovv. *de legib. abrog. ad l. 13. de re jud. per art. 275. & ſeqq. Inſt. ſupr. Cur. Holl. art. 14. & ſeqq. ampl. Inſt. Cur. provin.* Et ſane probant hi textus, poſſe factum in petitionem & comdemnationem deduci, quin & facere recuſantem in cuſtodia aliquandiu detineri; quod a ratione juris Romani alienum videtur. Utique tamen quia factum invito extorqueri non poteſt, ſi contumax eſſe perſeverat, recurrendum tamen erit ad facti æſtimationem: quod & iiſdem locis expreſſum eſt.

Vel non fieri) Stipulatio in facto eſſe etiam illa dicitur, quod continet, quod eſt in non faciendo; veluti, *Per te non fieri, quominus mihi ire, agere liceat*, &c. *l. 2. §. penult. hoc tit.* quamquam hæc alibi, ut oppoſita, diſtinguuntur, *leg. ubi, 75. §. qui id, 7. eodem*. Hujuſmodi vero ſtipulationes numquam aliter committuntur, quam ſi quid factum ſit contra quam cautum eſt, *dict. l. 2. § penult. leg. 4. §. Cato, 1. eodem*, & ideo neceſſe eſt committi in id, quod intereſt: ſiquidem ejus, quod jam factum eſt, nomine nihil peti poteſt, niſi id, quod ob id factum abeſt ſtipulari: id autem eſt id, quod ejus intereſt, contra factum non fuiſſe.

Optimum erit pœnam ſubjicere) Stipulatio faciendi incerta eſt: quæ incertitudo cum non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari poſſint, utile viſum eſt Imperatori hic monere. Incerta eſt hæc ſtipulatio, quia id in ſtipulationem venit, quod ſtipulatoris intereſt. Ratio reddita a Paulo in *l. ſi pœnam, 68. hoc tit.* Venire id quod intereſt & ſtipulatione faciendi contineri, ſatis antea probatum eſt: quare hoc pro confeſſo nunc ſumimus. At quomodo hac ratione efficitur, ut ſtipulatio ſit incerta? (4) Nimirum quia id ipſum quod intereſt eſt incertum, *l. ultim. ſi quis in jus voc.* quod etiam Paulus *d. leg. 68.* vult intelligi. Eſt vero id quod intereſt incertum duplici ratione ab eventu ipſius rei, & a probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod intereſt. Sic enim definitur, ut ſit, quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus, *l. ſi comm. 13. rat. rem hab.* Ut ergo quid noſtra interſit, hinc pendet, ſi quid amiſimus ob id, quod factum non eſt, quod fieri debuit: aut ſi quid lucrari potuimus, ſi factum eſſet quod promiſſum eſt, quod quia factum non eſt, lucrati non ſumus: totum vero hoc incertum eſt, quid hic amittamus aut lucremur; fierique poteſt, ut ſi non fiat quod promiſſum eſt, alias plus, alias minus amittamus, interdum etiam ut nihil: ſecundum quæ eadem quoque ejus quod intereſt, æſtimatio facienda, *l. ſi quis, 13. in princ. de re jud. l. ſi quis ſtipulatus, 112. §. 1. hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujuſque interſit, in facto, non in jure, conſiſtere, *leg. quatenus, 24. de regul. jur.* Ratione quoque probationis incertum eſt, id quod intereſt: neque enim facile probatu eſt, habuiſſe nos aliquid, & propter ceſſationem aut factum promiſſoris amiſiſſe: item nos aliquid lucri facere potuiſſe, ſi factum eſſet quod debuit, & quia factum non ſit, ideo eo lucro nos excidiſſe. (5) Cum autem id quod in vero eſt, probari non poteſt, illud incommodum ſequitur, quod in quod intereſt, ad minimam ſummam deducatur, *leg. ultim. de præſt. ſtipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis ſi occurri poteſt pœnam ſtipulationi ſubjiciendo, nemo non fatebitur, optimum eſſe, ſi quis ut fiat aliquid ſtipuletur, pœnam ſubjicere, ut ſi ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præſtetur. Nam pœnæ ſtipulatio certa eſt & a re ipſa, & a probatione. A re, quia certa quantitas verbis ſtipulationis comprehenſa eſt; a probatione, quia non alia hic probatione opus, quam ut de ſtipulatione doceatur; quæ ipſa ſe oſtendit, quid complectatur. Neque vero hic pœnam promiſſor effugiet paratus præſtare quod intereſt: nam ex conventione pœnæ modus ſtatuitur, non ex taxatione ejus quod intereſt; nec amplius quæritur, an & quanti interſit, ſed an tantum pœnæ nomine promiſſum ſit, *l. ſtipulatio, 38. §. alteri, 17. hoc tit. §. alteri, 18. infr. de inutil. ſtipul.* Veriſimum igitur eſt, quod mox ſequitur apud Juſtinianum, ſtipulationem pœnæ ſubjectam ſtipulationibus faciendi efficere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, & ne ſit neceſſe actori probare quod ſua interſit. (6) Illud non ineleganter quæritur, an per ſubjectam ſtipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio, quod negamus, per *leg. 10. §. §. 1. de pact. l. ita ſtipulatum, 115. in fin. princ. l. qui Romæ, 122. §. 2. hoc tit. l. ſi quis, 41. cum ſeq. l. duo, 71. pro ſoc. l. prædia, 28. de act. empt.* Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præſtandum, quod promiſit: creditor vero liberetur difficultate probandi ejus, quod ſua intereſt factum ſuo tempore quod promiſſum eſt, non ut agendi, ſi velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maxime jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. *ad dict. leg. ita ſtipulatus, 115. num. 31.* in caſu hujus §. cum ſtipulationi faciendi ſubjicitur pœnalis, per *l. obligationum, 44. in fin. de obligat. & action.* effectum tamen ex conſtitutione Juſtiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quam ſi id nominatim convenerit, *leg. ultim. Cod. de novat.* Quamobrem utrumque in propoſito debetur, & res aut id quod intereſt, & pœna, quamquam alterum duntaxat peti poteſt, *leg. 4. §. Labeo, 7. de dol. mal. leg. 10. §. 1. de pact. d. leg. ita ſtipulatus, 115. hoc tit. leg. ſi pro fundo, 33. Cod. de tranſact.* Hoc amplius, qui pœnam conſecutus eſt, recte adhuc petet, quod pluris ſua intereſt, *dict. leg. prædia, 28. de action. empt. leg. ult. §. alt. de eo per quem fact. erit*, &c. Quod ſi coercendo contemptui pœna adjecta ſit, vel conventioni incerta clauſula, *rato manente pacto*, & res ipſa peti poterit, & præterea pœna, *leg. ſi quis, 30. de recept. leg. 16. de tranſact. l. cum proponas, 17. Cod. eod.* D. Tulden. *hic cap. 4.* Monendi obiter ſumus, ſtipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitatis præſumi in fraudem uſurarum factarum, atque improbari, quatenus pœna legitimum uſurarum modum excedit, *leg. pœnam, 44. de uſur. leg. cum allegat. 55. 55. Cod. eod. l. 13. §. ibid. 26. de action. empt.* add. Pompon. *lib. 12. tit. 9.* Carond. *lib. 6. reſp. 59.* Imbert. *enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Clauſula hujuſmodi) Qua formula concipienda ſit pœnalis ſtipulatio, ſive quid fieri ſtipulemur, ſive quid non fieri, ſive ſimul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco ſatis perſpicuum eſt: adde tamen *leg. cum quid, 71. leg. continuus, 137. §. pen. hoc tit.*

TITULUS DECIMUS SEPTIMUS.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

Dig. Lib. 45. Tit. 2. C. Lib. 8. Tit. 40. Novell. 99.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes, quorum de re disceptabatur.

IN duobus reis, quos Ulpianus *l. 3. §. 3. de lib. legat.* conreos appellat, si sequeremur regulas juris de iis, qui stipulati sunt, aut promiserunt, non erat, cur de his ageretur separatim. Nunc autem quia in his aliquid singulare est, quod a jure reliquorum stipulatorum & promissorum longe dissidet, ideo quidnam id esset, proprio titulo exquiritur, quod & factum est in ff. & C. Reus a re, id est, lite dictus est, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero *lib. 2. de Orat. cap. 43. Reos appello*, inquit, *non modo eos, qui arguuntur, sed omnes quorum de re disceptatur.* Gallus Ælius apud Festum, *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive egit, sive cum eo actum est.* Pomponius *l. 5. de verb. oblig. Conventionales* (stipulationes) *sunt, quæ ex conventione reorum fiunt.* Et quamquam usu nunc obtinuit, ut is solus, cum quo agitur sive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipue judicio agitur, utpote cui soli immineat periculum condemnationis; tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus, nec solum rerum promittendi, debendi, satisdandi, verum etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus, ut passim in tit. hujus argumenti.

TEXTUS.

Quibus modis duo rei fieri possunt?

Et stipulandi & promittendi duo pluresve fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: Spondeo, *ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat;* Utrique vestrum dare spondeo. *Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interroganti spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt;* Mævi, decem aureos dare spondes? & Sej, eosdem decem aureos dare spondes? *si respondeant singuli separatim,* Spondeo.

NOTÆ.

Utrique vestrum dare spondeo) Igitur duo rei stipulandi sunt, qui eamdem rem ab eodem in solidum stipulati sunt, ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur, §. *prox.*

Singulis separatim spondeo) Aut *spondemus l. 4. hoc tit.* Duo ergo rei promittendi sunt, quorum singuli eamdem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *l. 2. l. 3. §. 1. eod. & dict. §. prox.* Sed hodie duo rei promittendi non fiunt, nisi id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneatur, *auth. hoc ita Cod. hoc tit.*

COMMENTARIUS

1 *Duorum reorum stipulandi definitio, ejusque definitionis explicatio.*
2 *Duo rei promittendi qui, & in quo discrepent a fidejussoribus?*
3 *Orationis distributivæ & alternativæ hanc vim esse, ut cuilibet attribuatur in solidum, copulativæ non item.*
4 *Jure novissimo non aliter duos reos debendi fieri, quam si id specialiter actum.*

ET *stipulandi & promittendi*) Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi, *l. 1. hoc tit.* Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulator: reus promittendi, qui suo nomine alteri quid promisit. Cæterum ut duo rei fiant, conjunctas eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet, *l. 6. §. ult. l. 12. pr. hoc tit.*

(1) *Stipulandi ita*) Duos reos stipulandi hoc modo recte definiendi, qui eamdem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. Etenim ut duo rei stipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eamdem stipuletur, ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente, ut una utrique debeatur, & igitur sive res diversæ a duobus in stipulationem deductæ fuerint, sive unam quidem rem singuli stipulentur, sed alter verbi causa a Sejo, alter a Sempronio, vel uterque ab eodem, sed ejus rei partes, non solidum; vel solidum, sed non ea mente, ut una res singulis debeatur, sed alteri, puta res ipsa, alteri rei æstimatio, duo rei stipulandi non erunt, *hoc text. & seq. l. 2. l. 9. §. 1. & 2. l. 15. eodem l. 3. Cop. eodem.*

Nam si prius) Hoc tamen non ita præcise accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita numquam constitui intelligantur, cum singulis separatim respondet: nam utique si hoc actum appareat, ut duo rei stipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obstare hanc respondendi formam: sicut ex converso non obstat, quominus duo rei promittendi fiant, si hoc actum sit, quod singuli separatim rogati sunt & spoponderunt, *l. 3. in fin. hoc tit.*

(2) *Duo rei promittendi*) Vel ex definitione duorum reorum stipulandi intelligi potest, quinam sint & dicantur duo rei promittendi, nimirum quorum singuli eamdem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt, ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. §. 2. inf. eod.* Unum amplius hic exigimus, ut qui ita promiserunt, promittant principaliter, quo correus distinguatur a fidejussore. Illud tenendum est, ad constitutionem duorum reorum non esse necesse nominatim adjici, ut correi sint, ut aut solidum singulis debeatur, singulive solidum debeant: sed id ex forma etiam ipsius stipulationis æstimari, argumento est cum hic textus & *l. 3. & l. 4. eodem* tum quod aliqui frustra quæreretur, quod non semel quæritur, an & quando duo rei constituti videantur. Finge, duos hoc modo stipulatos esse: *Cuilibet, vel utrique nostrum dare spondes?* aut, *Quilibet vel uterque vestrum dabis?* Dicam, duorum reorum contractam obligationem. (3) Hæc enim vis est distributivæ, ut cuilibet attribuatur actum in solidum, eadem nimirum, quæ & alternativæ, *l. 8. §. 1. de leg. 1.* Copulativa vero per se vim non habet. Unde si duo conjunctim decem stipulati sint, aut promiserint, singu-

singulis partes viriles debebuntur, aut singuli debebunt, nisi repetitum sit *eadem decem, hoc text. & l. 2. eod.* aut nominatim cautum, ut duo rei sint, seu ut singulis solidum debeatur, aut singuli solidum debeant, *l. 11. §. 1. & eodem.* Plane post constitutionem Justiniani *Nov. 99. c. 1.* unde *auth. hoc ita Cod. hoc tit.* (4) non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi constitutum) facti intelliguntur, quam si id specialiter actum sit, ut uterque in solidum retineretur; quod ideo fortassis Imperator constituit, quoniam ex sola verborum figura hanc rem discerni periculosum existimavit Gudelin. 3. 3. *de jur. cap. 11. & lib. 4. c. 7.* Christin *vol. 5. decis. 203.* Gail. *observ. 28. n. 6.*

TEXTUS.

De effectu hujuscemodi stipulationum.

1. *Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur; & vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium primit obligationem, & omnes liberat.*

NOTÆ.

1. *Et stipulationibus*) Cujac. & Horom. *stipulantibus*; Theoph. ἑκάστῳ τῶν ἐρωτώντων τὸ ὅλον ὀφείλεσθαι, *& stipulantium singulis solidum debetur.* Recte.

Vel alter solvendo) *l. 3. in fin. hoc tit.* vel acceptum rogando, *d. l. 2. l. 16. de accept.* novando, seu alium debitorem dando, *per l. 30. ad SC. Vell.* jurando, *l. 28. de jurejur.* non autem paciscendo: nisi aut socii sint, aut nominatim alter alteri quoque paciscantur, *l. 21. §. ultim. & 44. ll. seqq. de pact.*

COMMENTARIUS.

1 *Jure novissimo correis debendi competere beneficium divisionis: In foro tamen mercatorum hoc non observari.*
2 *Non solum solutione uni ex duobus rei credendi facta, sed etiam quovis alio modo, qui vice solutionis sit, promissore ab uno liberato, totam tolli obligationem.*
3 *Uno ex duobus reis promittendi solvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari; tum alio non protrito.*
4 *An correus, qui totum solvit, eo nomine adversus cæteros actionem habeat?*

IN causa plurium reorum etsi respectu personarum, quæ plures sunt, plures quoque stipulationes & obligationes videri possunt, *hoc text. l. 13. eod.* tamen quoad rem in stipulatum deductam ac promissam, vique ipsa ac potestate, una est eademque & simplex obligatio, quæ in singulis in solidum active & passive consistit. Unde existunt duæ obligationes duorum reorum propriæ, quæ hoc §. commemorantur.

Solidum singulis debetur, & singuli in solidum) Hoc primum est hujus obligationis proprium, quod & singulis rebrum stipulandi solidum debetur, & singuli rebrum promittendi solidum debent: ac proinde illi singuli solidum exigere, & hi singuli in solidum conveniri possunt *l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. l. si rem, 31. §. 1. de novat.* (1) Cæterum circa reos promittendi Novella Justiniani constitutione *de reis promitt. 99.* vetus jus hactenus mutatum videtur, ut jam unus a duobus debendi reis in solidum a creditore conventus petere possit, ut divisa actione pro parte tantum conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi possit, quam si correus ejus vel absens sit, vel non solvendo, aut ille beneficio divisionis renunciaverit. Sententia communis usuque forensi recepta Mynsing. Schneid. *hic.* Gomez. *variar. resol. 2. cap. 12. n. 1.* Gail. *2. observ. 14. num. 5.* Sichard. *in l. 2. hoc tit. n. 5.* Gudelin. & Christin. *ubi supra.* Grot. 3. *introduct. 3.* Moller. *5. semest. 62.* ubi post Jason. & Joann. Ronchegall. excipit correos debendi testamento constitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant, *dict. Novellam* perperam intellectam, atque ab Irnerio *authent. hoc ita Cod. hoc tit.* positam esse alieno loco, non enim de correis debendi in *dict. Nov.* agi, sed de mutuis fidejussoribus, quibus jure veteri beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores habent, non competebat, *l. 11. princ. eodem.* Argumento utuntur inscriptione Græca, περὶ ἀμοιβαίων, qua voce non duo rei, sed mutui fidejussores significentur. Ego vero cum Cujacio existimo, eodem nomine a Græcis appellatos esse, & correos simplices, eo quod & ipsi conditione obligationis quidam quasi fidejussores esse videantur, *l. vir uxori, 17. §. ult. ad SC. Vell.* quod & Constantinus observavit in Lexico, & sententia ipsius Novellæ non obscure confirmat. Plane secundum generalem consuetudinem Antverpiæ inter mercatores observatam, *dict. Nov.* locum non habet in foro mercatorum; sed potest creditor alterum ex duobus reis in solidum convenire, & ad solutionem totius constringere, *Decisione 49. Curiæ Hollandiæ.* VINN. Sed posterior Novellæ interpretatio, quamvis a Vinnio rejecta, omnino verior est non solum ob inscriptionem græcam & verba ἀμοιβαιογενῶς ἀλλήλων, quæ in ista *Novella TCIX. cap. 1.* occurrunt, sed eum maxime ob *l. 11. ff. de duobus reis*, cui derogatum voluisse videtur Justinianus, dum ibi negatur beneficium hujusmodi competere *correis promittendi*, VICE MUTUA *fidejussoribus.* HEIN.

Vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo) Alter reorum stipulandi accipiendo, alter reorum promittendi solvendo: quibus verbis breviter indicatur jus singulorum in obligatione tollenda, quod est alterum in hac obligatione singulare. Sed operæ pretium est, paulo latius hanc rem proponi, & in utroque reorum genere, quale id jus sit, separatim exquiri. Duobus reis stipulandi hoc in summa hic tributum est, ut singulis eorum jus sit, promissorem liberare: & liberare quibuscumque modis creditor, cui aliquid debetur, debitorem suum potest. (2) Et igitur si uni pecunia soluta sit, ex hac causa promissor ab altero quoque hac obligatione liberabitur, *hoc text.* Sed & citra solutionem quicumque modi sunt, quibus actio aut ipso jure tollitur, aut per exceptionem submovetur, modo vim solutionis habeat, si quo ex his unus promissorem liberaverit, non a se tantum eum liberabit, sed a cæteris quoque, totamque tollet obligationem, veluti si promissori acceptum tulerit, *l. 2. hoc tit.* si novandi animo alium reum ab eo acceperit, *l. si rem, 31. §. 1. de novat.* idemque est, si jusjurandum tulerit, *l. in duobus, 28. princ. de jurejur.* nam & jusjurandum loco solutionis cedit, *l. jusjurand. 27. eod. tit.* item si unus pecuniam sibi a promissore oblatam sine justa causa accipere recusarit, eaque postea sine culpa promissoris deperdita sit, per *l. qui decem, 72. princ. de solut.* Paciscendo vero ne a promissore petat, correo non nocet: quoniam pactum non operatur ultra personas, inter quas interpositum

est,

TEXTUS.

De stipulatione pura, & de die & conditione.

2. *Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.*

NOTÆ.

2. *Vel sub conditione obligari potest*) Dummodo eadem res sit in cujusque persona, & causa eadem, *l. 9. §. 1. l. 15. eod.* ut tempus idem sit aut locus solutionis, non est necesse, *l. 7. d. l. 9. §. ult. eod.* Obiter nota, duos reos credendi, & debendi etiam aliis contractibus constitui posse, denique & testamento, *d. l. 9. prin. l. 1. §. 44. & 33. depos. l. 8. §. 1. de legat. 1. l. 5. Cod. si cert. petat.*

COMMENTARIUS.

1. *Imparis causæ susceptionem impedire duorum reorum obligationem; at quæ in modo, tempore, loco imparitas est, non impedire?*
2. *Duos reos credendi aut debendi etiam circa stipulationem constitui posse.*

(1) DUo rei debendi ita constitui non possunt, ut res diversæ in eorum obligatione versentur, *leg. si id, 15. hoc tit.* nec ita, ut imparem unius ejusdemque rei obligationem *suscipiant*, aut potius imparem causam, puta ut alter cultum præstet, alter non præstet, *l. 9. §. 1. eod.* At vero ut eodem modo uterque obligetur, necesse non est: sed potest alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florent. *l. 7. eod.* hic refert Justinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo durat. quæ vero a modo & tempore est imparitas, ea veniente die aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem; ita Joann. Fab. & Cannine. *hic*. Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quo minus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *dict. l. 9. §. ult.* Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis stipulationis constitui, quam quam id usitatius est, sed aliis quoque contractibus, & denique etiam testamento. (2) Credendi, veluti, si duo eamdem rem deponant, aut commodent, aut decem dent mutuo hac lege, ut is qui accipit, eorum singulis in solidum obligetur; quod in deposito indicat Ulpian. *l. 1. §. sed si duo 44. depos.* Testamento, si testator eamdem rem, eandemve summam duobus leget dijunctim, hoc modo, *Titio, vel Mævio decem dato*, arg. *l. 8. §. 1. de l. 1.* Debendi, veluti, si quis eamdem rem apud duos deposuerit utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus similiter commodaverit, *d. l. 9. in pr. h. t. d. l. 1. si apud 43. dep.* Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, si omnes se constituant ejus pecuniæ debitores, *l. 5. C. si cert. pet.* & testamento, si ita scriptum sit, *L. Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus; decem Sejo dato, dict. l. 8. §. de leg. 1.* nam exemplum, quo Papinianus utitur d. *l. 9. in fin. per hoc tit.* huc non pertinet, nisi eo casu, quo aperte testator voluit, ut singuli hæredes solidum debeant, quod ex initio ejus loci intelligitur, add. Don. *ad hunc titulum cap. 12.*

est, nec remissio quicquam commune habet cum exactione, *l. si unus, 27. in fin. princ.* junct. *§. 4. versic. ante omnia de pact.* His porro consequens est, quod traditur *l. 2. hoc tit.* etiam unius ex reis stipulandi petitione totam tolli obligationem; quod sic explicatur in *d. l. 21. §. 1. de novat.* unum judicio petentem totam rem in litem deducere; & apertius in *l. 11. §. sic evenit, 21. de legat. 3.* unum ex pluribus reis credendi agendo occupare & totum consequi; ut proinde necesse sit jus alterius consumi. Hinc responsum est, si unus ex duobus reis stipulandi semel egerit, alteri promissorem offerendo pecuniam nihil agere, *l. ex duobus 16. hoc tit.* Ex contrario quoque sic jus est in duobus reis promittendi, ut unus solvendo alteri prosit, *hoc text. l. 3. in fin. eod.* (3) Proinde & acceptum rogando, *l. 2. eod. l. sit ex pluribus, 16. de accept.* item novando seu alium debitorem dando; per *l. si pro uno, 20. ad SC. Vell.* ubi Cujac. *8. ad African.* & jurando, *l. in duobus, 23. de jurejur.* Non autem paciscendo, nisi forte paciscentis interfit, puta propter communionem, quia socii sunt, aut si nominatim quoque correo suo paciscatur, *l. & hæredi, 21. §. ult. cum 4. ll. seqq. de pact.* Sed nec adversus unum ex correis debendi instituta petitione alter liberatur, utique post constitutionem Justiniani, *l. penult. C. de fideijuss.* nam inter veteres de hac re non convenisse in eadem constitutione, cum Justinianus iudicat, tum arguunt hi loci, *l. 1. §. sive apud 43. depos. l. 8. §. 1. de legat. 1. l. amissi, 52. §. ult. de fidejuss. l. reos, 23. Cod. eodem* collati *cum l. decem 116.* illic, *non enim sunt duo rei de verb. obligat. l. si per imprudentiam, 51. §. ult. de evict.* Illud semper constitit, unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona compensationem objicere, *l. 10. hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l. mora, 31. §. penult. de usur.* id est, non efficere, quominus re postea perempta, & teneatur qui moram fecit, & liberetur qui non fecit, quæ fusius explicantur a D. Donello ad *tit. C. de duobus reis, cap. 7. & 2. seqq.* (4) Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversus cæteros actionem? Si meram strictamque juris rationem sequimur, non habebit, etiamsi ad solos correos totum creditum pervenerit, nisi creditor, quod facere cogitur, offerenti solutionem actiones suas cesserit; de quo consule Sichard. in *l. divisa, 13. Cod. locat.* Cæterum æquius & benignius est, ei, qui ita solvit, etiam citra cessionem in correos actionem (subsidiariam negotiorum gestorum) accommodari, vel in solidum, si nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, *l. 2. C. l. hoc tit.* Ita visum Interpretibus communiter, & sæpe judicatum est testibus Anton. Faber *Cod. suo hoc tit. defin. 1.* Christin. *vol. 4. decis. 114. & vol. 4. decis. 158.* contra quam tamen sententiam disputat idem Anr. Faber, *11. conject. 6. & seqq.* Sane *d. l. 2.* commode accipi potest de correis sociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converso an unus ex reis stipulandi, qui totum exegit, partem cum altero communicare cogatur, tractat Bart. *in lege reos, 11. hoc tit. num. 9.* Wesemb. *parat. eod. num. 7.* Concludunt autem, non cogi, nisi vel socii sint, vel ita convenerint, vel natura obligationis & rei id ferat, arg. *d. l. 11. hoc tit. l. in lege 62. ad l. Falcid. l. qui hominem 34. §. 1. de solut.*

TITULUS DECIMUS OCTAVUS.

DE STIPULATIONIBUS SERVORUM.

Dig. Lib. 45. Tit. 3.

TEXTUS:

An servus stipulari possit?

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hæreditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hæreditarius ante aditam hæreditatem stipulatur, acquirit hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto acquiritur.

NOTÆ.

Ex persona domini) Servi jure civili pro nullis habentur, *l.* 32. *de reg. jur.* & quasi non sint, *l. propem. eod.* Theod. Hermonopol. *lib. 6. tit. 6.* ὁ δοῦλος παρὰ τοῖς νόμοις ἀπρόσωπός ἐστι, πρᾶγμα δὲ δοκεῖ εἶναι, ὑπόπους. Cæterum ex persona dominorum χαρακτηρίζεται, ut ait Theoph. id est, *personantur*, ut Gloss. Gr. Lat. Hinc est, quod etiam cum servis testamenti factio est, *l.* 31. *de hær. inst.* vid. *sup. eod. tit.* & quod jus stipulandi habent, ut hic.

Personæ defuncti vicem) *l.* 34. *l.* 61. *de acquir. rer. dom.* vid. *sup.* §. 2. *de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

QUod a servo aut cum servo gestum est, id ex persona servi valere jus civile non patitur: quippe quo jure servi pro nulli habentur, *l. quod attinet*, 32. *de reg. jur.* Sed tamen ex persona dominorum æstimantur; quod eleganter Theophilus his verbis Græcis expressit, Οἱ δοῦλοι ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τῶν δεσποτῶν διαπράξεως χαρακτηρίζονται. Ex quo est, quod etiam servi testamenti factio sit, ut hæredes institui & legatum iis relinqui possit; de quo non uno loco *lib.* 2. item quod jus stipulandi habent, ut ex eorum stipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perinde ac si ipse sibi stipulatus esset, & vox servi vox domini sit, sicut vox filii vox patris, §. *si quis*, 4. & §. *post mortem*, 12. *inf. de inut. stip.* Quæ tamen res non impedit, quominus inter servum, & qui cum eo contrahit, nascatur obligatio naturalis, *l.* 14. *de obl. & act.* VINN. Fundamentum enim hujus juris est, quod servus ex principiis juris Romani est *res mancipi*, non persona, adeoque sibi non magis actione ulla quidquam acquirere potest, quam jumentum. Atqui hoc principium jus naturæ prorsus ignorat, adeoque consequens est, ut naturaliter servus obligetur, tanquam homo intellectu voluntateque præditus. HEIN.

Hæreditas in plerisque personæ defuncti vicem) Quoniam dixit, servum ex persona domini jus stipulandi habere, videri poterat, servum hæreditarium inutiliter stipulari, utpote qui dominum non habet. Huic igitur objectioni occurrens, ait, hæreditatem jacentem personæ vicem sustinere, & interim pro domino esse: quod etiam identidem a veteribus traditum est, *l.* 13. §. 1, *ad leg. Aquil. l.* 15. *de interr. in jure fac. l. mortuo*, 22. *de fi-dejuss. l. hæreditas*, 34. *l. hæreditas* 61. *de acquir. rer. dom.* Ait, *persona defuncti vicem sustinet*, ut etiam supra §. 2. *de hær. inst.* & diserte Jurisconsulti in *l. non minus*, 31. §. 1. *de hæred. inst. l. in eo* 33. *in fin. & l. seq. de acq. rer. dom.* Pomponius tamen contra scripsit, hæreditatem personam sustinere hæredis, *leg. novatio*, 24. *de novat.* Sed hanc pugnam alibi tollimus sub *d.* §. 2. *de hær. inst.* Ait, *in plerisque*, nimirum quia quædam sunt, in quibus hæreditas vice personæ fungi non potest, quæ proinde nec hæreditati per servum hæreditarium acquiri queunt: qualia sunt, quæ factum operamve personæ desiderant: hæc enim constat, in rem inanimem, qualis est hæreditas, non cadere. Hujus generis res est hæreditas: nisi enim servus hæreditarius recte hæres instituitur, tamen quia sine jussu domini hæreditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus est, *l.* 10. §. 1. *l.* 61. *de acq. rer. dom.* Ejusdem generis est ususfructus, ususfructus consistere non potest, nisi sit persona, quæ fruatur, d. *l.* 61. *l.* 1. §. 2. *quand. dies usufr. leg.* & ideo servus hæreditarius inutiliter usumfructum stipulatur, *l. ususfructus*, 26. *hoc tit.*

TEXTUS.

Cui acquirat; De persona, cui stipulatur. De stipulatione impersonali.

1. *Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.*

COMMENTARIUS.

SErvus stipulando domino acquirit, non tantum si ipsi domino dari stipuletur, verum etiam si sibi aut conservo suo: quinimmo etsi imperfonaliter seu indefinite non comprehensa persona, puta hoc modo; *Centum dare spondes?* l. 1. *l.* 15. *hoc titul.*

In liberis, qui in potestate) Filiifam. iis causis, ex quibus patri acquiritur, id est, ex causa profecticii peculii, item adventitii quoad usumfructum, stipulantis eadem ratio est, quæ servi, patri ut ex his causis acquirat, propter jus scilicet potestatis, quod hactenus simile herili, *l. stipulatio ista*, 38. §. *hi qui*, & §. *altero*, 17. *l. quodcumque*, 45. *pr. & fin. de verb. obl. infra quod cum eo, qui in al. pot. in pr.* Repetenda hic est distinctio peculii filiifam. tradita & explicata §. 1. *sup. per quas pers. cuiq. acq.* Plane si filius nominatim patri stipuletur, hoc casu etiam ex causa adventitii peculii patri in solidum acquiret, quippe quacumque ex causa ita stipulatur, patri acquirit, non sibi; per se enim sibi acquirere non vult, per patrem non potest. Don. *ad d. l.* 38. §. *alteri*, 17. *n.* 25.

TEXTUS.

De stipulatione facti.

2. *Sed cum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat; ipse enim tantam prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.*

COM-

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic per modum exceptionis regulæ initio positæ, quod cum servus factum in stipulationem deducit, idque (quod subaudiendum esse exemplum subjectum ostendit), in suam personam confert, in hac stipulatione persona servi, non domini, consideretur. Cæterum revera nihilominus valet & subsistit hæc stipulatio ex persona domini: quippe cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; jusque servum jubendi facere, puta ire agere, pro commodo suo, & cui commissa stipulatione actio in id, quod sua interest, competit. Itaque dicendum est, hactenus tantum hujsmodi stipulatione personam servi spectari, ut ipse solus, non etiam dominus ejus ex mente promissoris facti illius exercitium habere debeat, *d. l.38. §.hi qui 6. & sequ. de verbor. obligat.* Atque hoc sensu alibi dictum est, ea quæ facti sunt, non transire ad dominum, *l. qui hæredi, 44. princ. de cond. & dem.*

Ire agere liceat) In hac stipulatione non jus, sed factum versatur; ideoque persona servi tantum comprehensa intelligitur, ut is solus ire agere prohiberi non debeat: non etiam dominus ejus; *dict. l.38. §.6. vers. cum vero*, quamquam servus non ibit aget pro arbitrio suo, sed pro domini, cui illa stipulatione jus quæritur servum transmittendi. Quod si servus viam, vel iter, vel factum ad fundum domini stipuletur, etiamsi servi non domini persona comprehensa sit, domino jus eundi agendi acquiret: quoniam ea stipulatione non simplex factum, sed jus servitutis continetur, per *l.27. h.t.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. *Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione dominii acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est; tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur; veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.*

NOTÆ.

3. *Unius domini sit*) Aut si servitutem ad fundum stipuletur, cum unus duntaxat vicinum fundum habeat, *l.7. in fin. l.17. eod.*

COMMENTARIUS.

SErvus communis sic omnium est, non quasi singulorum totius, sed pro partibus, utique indivisis ut intellectu magis, quam corpore partes habeat. Et ideo si quid stipulatur, vel quaque alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte, qua domini sunt, verbi causa, si unus duas partes, alter tertiam duntaxat habeat; illi commodum stipulationis pro duabus partibus acquiretur, huic pro una, *l.5. l.7. h. tit.* Sed tamen non est hoc perpetuum. Nam primum interest, utrum hoc modo servus communis stipuletur, *Dominis meis dare spondes?* an expressis propriis dominorum nominibus ita, *L. Titio, & Cod. Sejo dare spondet?* nam priore quidem stipulatione partes dominicæ debentur, ex posteriore vero viriles: quoniam dominorum vocabula pro demonstratione habentur, *leg. si communis, 37. h.t.* Sed & tres hi casus hic excipiuntur, si jussu unius ex dominis stipuletur; si uni tantum: si res in stipulationem deducta ad unum tantum pertinere potest, placetque his casibus uni illi acquiri in solidum, *d. l.5. cum aliquot seqq. l.17. si ex re, 28. §. eod.* Est & quartus casus ejusdem naturæ, si stipuletur ex re unius, *l. si alienus, 19. junct. d. l.28. §.1. eod.* Extra has causas, sive sibi quid dari stipuletur, sive impersonaliter, pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam ἀναφορὰ ad eum servum transferenda sunt, in quo plures usumfructum habent item ad hominem liberum & servum alienum, qui a pluribus bona fide possidentur, quatenus scilicet hi ex causa operarum suarum aut re fructuariorum bonæve fidei possessorum stipulantur, *l.19. cum l. seq. l.24. l.32. & l. sup. §.1. eod. vid. sup. §.4. per quas pers. cuiq. acq.*

Jussu unius) Ac proinde hoc casu etiam si non nominatim ei qui jussit stipulatus fuerit, nihilominus tamen huic soli acquiret. Sunt enim hæc duo dictincta membra ejusdemque potestatis est stipulatio jussu unius facta, cujus facta uni nominatim citra jussum. Sed quid si jussu contempto stipuletur alteri nominatim? Apud veteres utri acquireret dubium fuit; sed Justinianus *inf. §.ult. per quas pers. obl.* ait, se hanc controversiam decidisse pro eo qui jussit. Extat constitutio ejus in *l.ult. Cod. per quas pers. nob. acq.*

TITULUS DECIMUS NONUS.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Ratio ordinis. Unde sumpta divisio hic proposita? eaque ad bimembrem revocata.

PRæcessere duæ stipulationum divisiones. Quarum prima ducta est a diverso contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, §.2. *sup. de verb. obl.* altera a diversitate materiæ, rebus scilicet & factis, quæ in stipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi, §. *ult. d. t.* Profertur hic & tertia, ex *l.5. eod.* quod aliæ sunt judiciales, aliæ Prætoriæ, aliæ communes tam judiciales, quam Prætoriæ, aliæ conventionales, quæ tamen species non ideo sic distinguuntur, quod postrema a cæteris differt conventione, sed quod origine & conventionis causa, ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse a causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habet conventionem; non omnes tamen ita habent, ut inde primum nascantur, sed solæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commode revocari ad bimembrem, ut dicamus, stipulationum quasdam esse necessarias, quasdam voluntarias. Necessarias, quæ invitis pro auctoritate Prætoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ veteribus dictæ sunt conventionales, eo quod ex sola conventione partium fiunt, *d. l.5. pr. vers. conventionales.*

TEXTUS.

Divisio.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ Prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam Prætoriæ, quam judiciales.

1. Ju-

1. *Judiciales sunt dumtaxat, quæ a mero judicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.*

NOTÆ.

Aliæ judiciales, aliæ Prætoriæ) Ex Pomp. *l. 5. de verb. obl.*

1. *Veluti de dolo cautio*) Puta actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet dolum malum abesse, *l. 20. l. 44. de rei vind. l. 9. §. 7. & 7. quod met. caus.* & parere recusantem condemnat in id, quod adversarii interest.

COMMENTARIUS.

1. *Usus stipulationum judicialium, & in his officium judicii.*
2. *Exempla harum stipulationum, & quædam non allegata in textu.*

Quæ a mero judicis officio) Mero, id est, solo. (1) Quod additum in definitione, ut removeantur communes: nam Prætoriæ etiam eo omisso satis excluduntur. Igitur judiciales stipulationes sunt, quæ a judicis officio proficiscuntur, seu quas judex pro officio suo interponi jubet; ac proinde his locus non est, nisi post litem contestatam; nam tum demum judex quis esse incipit, *l. 1. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.* Officium judicis scimus positum esse tum in eo, ut de in judicium deducta cognoscat, tum ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum absolvendo, *l. quo de re 74. de judic. l. 9. Cod. eod. l. 1. de re jud.* Ergo si quis judex lite contestata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recusantem condemnet in id, quod adversarii interest, aut reum absolvat, sciamus, hoc proficisci ab officio judicis, stipulationesque jussu ejus interpositas *judiciales* nominari, etiamsi Prætor sit, aut alius magistratus, qui de causa cognoscit: quippe cum in eo non magistratus, sed judicis pedanei partibus fungatur. Alio sensu, atque hoc loco, judiciales dicuntur in *l. 1. de Præt. stipul.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum sit, seu judicii futuri stabiliendi causa, ut judicatum solvi, & ex operis novi nuntiatione: quæ species sunt Prætoriarum. (2) Stipulationum judicialium duæ species hic asseruntur, de dolo cautio, inductione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abesse, *l. præterea, 20. l. si homo, 45. de rei vind. l. 9. §. Julianus, 5. & §. ex h. 7. quod met. c.* item de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est, *l. servo legato, 69. §. ult. de leg. 1. l. item si 14. §. quod si homo, 11. quod c.* Sunt & multæ aliæ, veluti quæ interponuntur officio judicis familiæ erciscundæ, *l. & puto, 16. l. hæred. 25. §. contra, 16. fam. erc.* itemque officio judicis addictis vindicationibus servitutum, *l. 7. l. 12. si serv. vind.* & aliis actionibus.

TEXTUS.

De Prætoriis.

2. *Prætoria sunt, quæ a mero Prætoris officio proficiscuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic accipi oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ; nam & hæ a jurisdictione Prætoris veniunt.*

1. *Unde cognoscantur stipulationes Prætoriæ? earum usus, & varia exempla.*
2. *Quibus in causis locus ædilitiis? & mendum, textu sublatum.*
3. *Distinctio judicialium & Prætoriarum: quæ alias nunc minus conspicua, ad usum fori hodiernum accommodata.*

(1) *A Mero Prætoris officio*) *A mero.* Hoc ad judiciales excludendas supervacuum: sed additum hic itidem, ut excludantur communes. Ab officio Prætoris proficisci dicuntur, quæ a jurisdictione eveniunt. Hoc ex eo cognoscemus, si extra judicium cautio injungatur & adversus recusantem procedatur remediis magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est, & *l. 1. §. 2. stip. præt.* cautiones, quæ præstantur ex causa damni infecti & legatorum servandorum, stipulationes esse Prætorias, id hinc intelligimus recte dici, quoniam extra judicium injunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non cavet, *l. 7. de damn. infr. t. de leg. nom. cav. & tit. in poss. leg.* Similiter cautiones judicatum solvi, & ratam rem haberi, hinc cognoscimus, esse Prætorias, ut scriptum est in *l. 1. & 2. de præt. stip.* quia & ipsæ lite nondum contestata exiguntur, §. *si vero, 5. infr. de satisd. l. Pomponius, 40. §. pen. de proc.* & qui illam præstare recusat, cum Prætor non admittit ad alienam defensionem, §. 4. *& 5. infr. d.t.* qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, §. 3. *l. mutuæ, 43. §. pœna, 4. de proc.* Ejusdem generis est & cautio fructuaria: nam si ususfructus nomine non caveatur, denegatur petitio, aut retentio ususfructus, *l. 7. usufr. quemd. cav.* Plures recensent. D. Cujac. in *l. 5. de verbor. oblig.*

(2) *Contineantur etiam ædilitiæ*) Ædilitiæ sunt, quibus venditor cavet de morbis & vitiis rerum venalium, puta *rem morbosam non esse, servum fugitivum non esse, errorem non esse*, & de cæteris, quæ edicto ædilium curulium promittuntur, *l. 1. & passim, de ædil. edict. l. si ita quis, 31. & l. seq. de evict.* Hæ stipulationes omnes proficiscuntur a mero ædilis officio, quia jubet ædilis interponi sine ullo judicio ac nisi interponantur, venditorem non condemnat, sed actionem adversus eum dat ad redhibendum intra duos menses, vel quanti emptoris interfit, intra sex menses, *l. si venditor 28. de ædil. edict.* in quo licet agnoscere ædilis quatenus ædilis, id est, magistratus & jus dicentis auctoritatem *l. 1. de Jur.* VINN. Prætoris ergo vocabulum hic in sensu latissimo accipi videtur pro quovis magistratu, cui est jurisdictio. Unde & Proconsul. in provinciis si stipulationem interponi jubebat, Prætoria hæc dici poterat stipulatio; Quo observato, nec admodum necessaria videtur emendatio, de qua paulo post Auctor noster. Jus enim ædilitium fere sub prætorio comprehendebatur §. 7. *Inst. de J. N. G. C.* & Conf. Rittershus. *h. t.* 438. HEIN.

A jurisdictione Prætoris) Vox *Prætoris* abest a *l. 5. de verb. oblig.* unde totus hic locus ad verbum scriptus est, & expungendam censeo cum Russard. Baron. Donell. Cujac. Hotomann. Etenim ædilitiæ stipulationes non possunt dici venire a jurisdictione Prætoris, cum veniant a jurisdictione ædilium, quod expressit Theophilus, sed quod de Prætoris tamquam principali specie

sti-

stipulationum honorariarum dicitur, id etiam ad ædilitias recte refertur: quoniam & hæ ab officio jusdicentis veniunt, communemque cum prætoria originem & causam habent, videlicet jurisdictionem magistratus. Neque aliud Justinianus hic, aut Pomponius in *dict. l. 5.* sentiunt.] 5) Hodie hæc Prætoriarum & judicialium stipulationum distinctio minus conspicua est, postquam judices a magistratu dari desierunt, idemque nunc judex, qui Prætor seu magistratus. Distinguunt vero nunc interp. inter officium judicis nobile quod est judicis, qua magistratus est, quod vi jurisdictionis atque imperii sui exercet: & mercenarium, quod est ejusdem, qua judex, & nudæ notionis, subserviens actioni institutæ. Itaque Prætoriæ stipulationes etiamnum sunt & dici possunt, quæ extra judicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, *leg. 4. de jurisdict.* judiciales, quæ post litem contestatam instituri judicii promovendi causa.

TEXTUS.

De conventionalibus.

3. *Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur: hoc est, neque jussu judicis, neque jussu Prætoris, sed ex conventione contrahentium, quarum totidem sunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.*

COMMENTARIUS.

EX *conventione utriusque partis*) Pomponius ex conventione reorum, *l. 5. hoc tit.* Ex conventione autem sic accipe, ex conventione sola: nam & cæteræ stipulationes ex conventione partium constat: at non inde solum proficiscuntur, sed prima eorum causa est auctoritas jubentis. Unde existit & hæc differentia, quod Prætoriæ stipulationes ex mente ipsius Prætoris, conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, *l. 1. §. ult. l. in Prætoriis, 9. de Præt. stipul.* & quod in Prætoriis, si quid addi, vel detrahi, mutari oporteat, id jurisdictionis Prætoriæ sit: in cæteris contra, *l. in conventionalibus, 52. de verb. oblig. l. 1. §. ult. de stip. Præt.*

Quot rerum contrahendarum) Id est obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possunt. Et ideo necesse non fuit ullam conventionalium stipulationem exempli causa proferre: ut factum in superioribus; quæ non æque notæ & usitatæ. Illud (*pene dixerim*) tantum molestiæ causa additum videtur; nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur, super quo stipulatio non recte interponatur.

TEXTUS.

De communibus.

4. *Communes sunt, veluti rem salvam fore pupillo, (nam & Prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, & interdum judex; si aliter hæc res expediri non potest), vel de rato stipulatio.*

NOTÆ.

4. *Et Prætor jubet rem salvam*) Et quidem regulariter: unde etiam hæc cautio inter Prætorias numeratur, *l. 1. §. 2. de stip. Præt.*

De rato stipulatio) Hæc est, quæ exigitur a procuratore alieno nomine actionem postulante; quæ & ipsa Prætoria fere est, *l. 1. §. 2. de stip. Prætor.* Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse coperit, falsum esse procuratorem, recte judex hanc satisdationem ab eo exigit, per *d. l. 1. Cod. de ord. jud.* Adde Pompon. *l. 5. de verb. obl.* & stipulationem duplæ, qua scilicet venditor cavet *rem vitiosam non esse*, &c. *l. 31. de evict.* assidua dicitur *l. 31. §. 20. de ædil. edi.* & hæc interdum jussu judicis interponitur, interdum ædilis, *d. l. 5. de verb. obligat.* Caute hic legendus Theophil.

COMMENTARIUS.

1 *Cur duas stipulationes hic propositas Ulpianus Prætorias, & quo sensu quasdam communes appellet?*
2 *Rem pupilli salvam fore quando Prætor cavere jubet, quando judex? Et Theophilus notatus.*
3 *Idem quæritur in stipulatione rem ratam haberi.*
4 *An stipulatio duplæ, & quando communis?*

STipulationes communes sunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate Prætoris aut ædilis interponuntur, interdum jubente judice, *d. l. 5. in princ. vers. communes.* Hujus generis duæ hic commemorantur, cautio rem pupili salvam fore, & rem ratam dominum habiturum. Ulpianus *l. 1. §. de stip. Prætor.* utramque hanc inter Prætorias numerat, nimirum ex potiori, & eo, quod regulare est, rem æstimans. (1) Quod & nos consideravimus *supr. §. 2.* Apud Pomponium *dict. l. 5.* refertur & tertia ejusdem generis, stipulatio duplæ: neque plures, quod sciam: quæ quidem communes, eo, quo diximus, sensu appellentur, occurrunt. Longe enim aliter atque hoc loco communes accipiuntur ab Ulpiano *leg. 1. de stip. Prætor.* nimirum ex Prætoriis illæ, quæ & judicii constituendi firmandique causa interponuntur, & simul cautionales sunt, ut instar actionis habeant, quales sunt, quæ fiunt judicio sistendi causa, *dict. l. 1. §. 3.*

Rem salvam fore pupillo) Hæc stipulatio regulariter jussu Prætoris interponitur, nullo intervenente judicio aut causæ cognitione: & ni caveat tutor, pignoribus captis aut mulcta indicta coercetur, *sup. de satisd. tut. pr. junct. §. penult. l. 11. de adm. tut.* quorum nihil est judicis, qui nudam duntaxat notionem habet, *l. 5. de re jud.* junct. *l. 4. de jurisd.* (2) Sed finge, debitorem pupilli conventum a tutore, post litem contestatam demum inter moras judicii cognovisse non satisdedisse tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere: utique audiendus erit, *argum. l. 3. Cod. de tut. qui sat. non ded.* & officio judicis injungetur stipulatio. Quippe quæ propria magistratus sunt & jurisdictionis, si de his principaliter agatur; ea si in judicium per consequentiam inciderint, ad judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l. 1. Cod. de ord. jud.* Aperte autem hic lapsus est Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus Interpres: qui dum probare cupit, stipulationem rem pupilli salvam fore aliquando judicialem esse, pro judiciali attulit exemplum Prætoriæ, ejus nimirum, quæ ante litem contestatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus est. Quo casu non potest non esse Prætoria, cum eo tempore nullum adhuc judicium, nullus judex sit. Eumdemque errorem mox iterum secutus erat in explicatione cautionis de rato.

Quod

Quod ideo monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri satis habent, lectorem, tamquam in re explorata ad eum remittere.

Si aliter hæc res expediri non potest) His verbis, *hæc res*, perspicuum est non intelligi cautionem, sed judicium seu rem, de qua judicio contenditur. Cautio enim semper per Prætorem expediri potest, si ab eo stipuletur; judicium vero non semper, nisi jussu judicis cautio interponatur.

Vel de rato stipulatio) Stipulatio de rato seu ratam rem haberi, ea est, quæ exigitur a procuratore alieno nomine actionem postulante. (3) Hæc itidem regulariter jussu Prætoris, atque ante litem contestatam interponitur. Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cœperit, eum qui tanquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse, recte postulante adversario, hanc judex satisdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *l. Pompon.*, 40. §. *pen. de proc.* lite semel contestata, procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plene constat, & aliqua pro procuratore præsumptio est, locum habet, quo scilicet casu ante litem contestatam etiam reo invito cum cautione admitteretur, *l.* 1. *Cod. proc.* Neque obstat regula de exceptionibus dilatoriis, quales sunt procuratoriæ, post litem contestatam non opponentis, *l.* 4. *Cod. de jurisd. l.* 13. *C. de procur.* quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus judicii. Cujusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, *d. licet*, 24. *C. de procur.* ubi Sichard. *n.* 2. & 3. Gail. 1. *obs.* 37. *n.* 2. Pompon. *d. l.* 5. *de verb. oblig.* (4) communium stipulationum numero adscribit & stipulationem duplæ, eamque ait vel a judice venire, vel ab ædilis edicto, id est, interdum judicis jussu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hic interpretemur, neque verba Pomponii patiuntur, quia illud non est unius ædilis, sed plurium, *l.* 1. *& passim de ædil. edict.* neque sententia; quod manifeste arguit præcedens definitio communis. An cum ob evictionem interponitur? minime. Hæc enim petitur actione ordinaria, semperque judicialis est, nunquam ædilitia, *tot. tit. de evict.* Sed est præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas causas petitur, de quibus edicto ædilium cavetur, puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse, &c. *l. quia dicitur*, 32. *de evict.* stipulatio *assidua* ab Ulpian. habeatur, *l. quod si nolit*, 31. §. *quia assidua*, 20. *de ædil. edict.* De his rebus qui sibi duplam promitti postulat, his adversario recusante aut agi ex emptu præcise ad duplam, qua parte judicialis est; aut redhibitoria, & hic est ædilitia, quia post litem contestatam nunquam interponitur. Don. *in d. l.* 5. *pr. num.* 27. & 28.

TITULUS VIGESIMUS

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

Cod. Lib. 8. *Tit.* 39.

Continuatio. Quot modis accidit, ut inutilis sit stipulatio?

HActenus visum, quomodo verborum obligatio recte contrahatur, stipulationesque utiliter concipiantur; sequuntur contraria, ea videlicet, quæ stipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etsi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen hoc loco instituitur, ut in argumento communi: quippe cum, ut initio *tit. de verb. obligat.* dictum est, stipulationes inventæ sint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia: & ideo fere novissima parte cujusvis negotii subjici soleant. Ut vitiosa sit atque inutilis stipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles sunt propter materiam seu rem in obligationem deductam; quædam propter defectum causæ efficientis, aut qualitatem personæ stipulantis promittentisve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ fere summa est eorum, quæ hoc titulo explicantur. Ex his autem causis fit, ut stipulatio ipso jure sit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit, ut inutilis sit non ipso jure, sed ut ex ea agens exceptione submoveatur, *inf. de ex.*

TEXTUS.

De his quæ sunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest, sive ea mobilis sit, sive soli.

NOTÆ.

Dominio subjicitur) Id est subjici potest, aut solet, ὅτινι πρᾶγμα δοῦναι, Theoph. verba enim in disciplinis potentialiter accipiuntur.

COMMENTARIUS.

Dominio nostro subjicitur) Id est, subjici potest. Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt: veluti frumenta, quæ in herbis sunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l. interdum*, 73. *l. qui, autem* 75. §. *illud*, 4. *de verb. obl.* §. *ea quoque*. 7. *supr. de legat.*

Sive mobilis sit, sive soli) Potuit adjungi *sive ea corporalis sit, sive incorporalis*: nam & jura in stipulationem recte deducuntur, veluti ususfructus & servitutes prædiorum, §. 1. *supr. de usufr.* §. *ultim. supr. de serv. præd.* Quin etiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur; verum etiam facta, ut superius docuimus sub §. *ult. de verb. oblig.*

TEXTUS.

De his quæ non sunt.

1. *At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.*

NOTÆ.

1. *Aut esse non potest*) Particula disjunctiva *aut* posita videtur pro conjunctiva, ut interdum solet, *l.* 53. *de verb. signif.* Nam v. c. fructus futuri recte in stipulationem perducuntur, *l.* 73. *de verb. obl.*

Hippocentaurum) Lucret. *l.* 5. *v.* 878. Senec. *Epist.* 58. Cic.

Dic. 2. *de nat Deor. cap.* 2. *Quis*, inquit, *Hippocentaurum fuisse credat?* Plinius tamen fuisse tradit *lib.* 7. *c.* 3.

Inutilis erat stipulatio) *d. l.* 1. §. 9. *de obl. & act.* adeo ut nec æstimatio debeatur, nec pœna eo nomine promissa committatur, *l.* 69. *l.* 103. *de verb. obligat.*

COMMENTARIUS.

1 *Canones, qui observandi circa materiam stipulationum: tum consectaria inde deducta.*
2 *Quid si in stipulatum deducta res, quæ esse desiit?*
3 *Quid si quæ nec est, nec unquam fuit? ubi de Hippocentauris.*

(1) HOc §. *& seq.* docetur, quibus modis fiat, ut inutilis sit stipulatio propter id, quod in eam deductum est. Quæ res ut perfectius intelligatur, duo hi canones prius nobis observandi sunt: 1. Ut valeat stipulatio, necesse est, ut id quod in eam deductum est, dari aut fieri per rerum naturam aut leges possit. 2. Ut intelligatur, quid illud sit, & quam utilitatem afferat stipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in universum fieri, ut ratione materiæ inutilis sit stipulatio, si dari fierive natura aut jure non potest, quod promissum est, *l. si stipuler*, 35. *de verb. oblig.* eoque pertinet regula juris *l. impossibilium*, 185. *de reg. jur.* si propter incertitudinem non potest intelligi, quid sit, & quam habeat utilitatem, *l. triticum*, 94. *l. ita stipulatus*, 115. *d. tit.* Quando in stipulatione faciendi hoc accidat, videbimus *infr. sub* §. *quod turpi*, 23. Rerum, quæ dari non possunt, tria fere sunt genera; quæ non sunt in rerum natura nec esse possunt; quæ commercio sunt exemptæ: quæ stipulatoris sunt propriæ, *l.* 1. §. *si id quod*, 9. *& seq. de oblig. & action.* De primo genere agitur *hoc* §. de reliquis §. *seq.* incertitudinis, quæ stipulationem vitiat, exempla habemus in *d. l. triticum*, 94. *& d. l. ita stipulatus*, 115. pr. *de verb. obl.*

Quod in rerum natura non est) Primum genus rerum quæ dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipulationem deducuntur, earum rerum est, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura. (2) Id iterum in duas abit species. Nam harum rerum aliæ fuerunt, sed desierunt esse: aliæ ne fuerunt quidem unquam. Illarum numero sunt, homo mortuus, ædes deustæ, &c. *l.* 1. §. *si id quod*, 9. *de oblig. & act. n. l. homo*, 69. *de verb. oblig.* Quod autem harum rerum stipulationem inutilem esse dicimus, hoc eo maxime spectat, ut intelligamus, nec æstimationem earum deberi, *l. liber homo*, 103. *de verb. oblig.* §. 4. *supr. de legat.* nec pœnam eo nomine promissam committi, *d. l. si homo*, 69. *de verb. oblig.* Plane si res, quæ dari poterat, ab initio in obligationem deducta, culpa debitoris dari esse desierit, placet, creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc stipulari, *l. inter stipulantem*, 83. §. *pen. eod.* quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant, *l. si ex legat.* 23. *l. si servum*, 91. §. 3. *eod.*

(3) *Hippocentaurum, qui esse non possit*) Exemplum rerum, quæ ita non sunt, ut nec unquam fuerint. Cic. 2. *de nat. Deor. cap.* 2. *Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimæram fuisse putat?* Luctet. *lib.* 5. *vers.* 878.

Sed nec centauri fuerint, neque tempore in ullo
Esse queat duplici natura & corpore bino
Ex alienigenis membris compacta potestas.

Stoici apud Senecam Epist. 58. *In verum*, inquiunt, *natura quædam non sunt. Et hæc autem, quæ non sunt, rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt, tanquam Centauri, Gigantes, quid aliud falsa cogitationis formatum habere aliquam imaginem cæpit, quamvis non habet substantiam.* Plinius tamen *lib.* 7. *cap.* 3. testatur, Claudium Cæsarem scribere, Hippocentaurum in Thessalia natum eodem die interiisse. *Et nos*, inquit, *principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Cæterum utut hoc verum sit, tamen quia portenta & monstra hæc sunt, etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui idem & Hippocentauri dicti, populi fuere Thessaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte, (ut Poetæ fabulantur,) hominum, posteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occasionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt; non sine horrendo vicinorum populorum spectaculo, a quibus primum conspecti equis insidentes, crediti sunt habere membra partim humana, partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum nostrorum memoria evenit.

TEXTUS.

De his, quæ non sunt in commercio.

2. *Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem, quem servum esse credebat; vel cujus commercium non habuerit: vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest: sed protinus inutilis est. Item contra, licet initio inutiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit:* Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes? *& similia. Quæ enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.*

NOTÆ.

2. *Humani juris esse credebat*) Et multo magis si sciebat eam humani juris non esse, arg. leg. 31. *de oblig. & action.*

Nec rem suam dari) *l.* 82. *de verb. obl. l.* 1. §. 10. *de obl. & act.* cui consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sed pretium rei meæ recte stipulor, & rem meam mihi restitui, *d. l.* 72.

Protinus inutilis) Protinus: id est, statim, εὐθέως παραχρῆμα. Huc pertinet regula: *Quod initio vitiosum est, &c. l.* 29. *de reg. jur.*

Licet initio inutiliter) *l.* 51. *l.* 83. §. 5. *de verb. oblig.* sunt hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderint, a quo non poterant incipere, *leg. pen.* §. *pen. eod. l.* 11. *de servit.*

Sine facto promissoris) Secutus est, si facto aut culpa promissoris res commercio exempta, *d. l.* 83. §. 5. aut postquam moram in ea præstanda fecisset, *l.* 23. *l.* 91. pr. *& §.* 3. *eod.*

Quæ natura sui) Aliud juris est in his, quæ per accidens non possunt acquiri, puta quia stipulatoris sunt *l.* 31. *de verb. oblig.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Genera rerum quæ non sunt in commercio.*
2 *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium est, stipulationem prorsus inutilem esse.*
3 *Quid si stipulator sciat, rem non esse in commercio?*
4 *Quid si ille ignoret, promissor sciat?*
5 *Quando earum rerum, quæ secundum quid extra commercium, stipulatio utilis aut inutilis?*
6 *De stipulatione rei nostræ.*
7 *Ampliatio regulæ initio positæ.*
8 *Ampliatio secunda.*
9 *Quid si columna promissa facto alieno ædibus juncta?*
10 *Dissensio veterum circa casum, quo res initio recte promissa, deinde commercio exempta, postea rursus dari posse cæpit.*
11 *Restrictio ampliationis secundæ.*
12 *Ampliatio tertia ejusque restrictio.*

(1) *SEcundum genus rerum, quæ dari non possunt est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non sunt in commercio hominum.* Hujus autem generis quæ sunt, earum quædam conditione sua & absolute commercio exemptæ, ut res divini juris publicæ, homo liber: quædam certo respectu, qui vel est in rebus ipsis, cum alioqui natura sua sint in commercio, quales sunt verbi causa columnæ, marmora ædificiis junctæ, vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator, vel promissor commercium non habeant, cum alii habeant. Sunt enim quædam quorumdam hominum commerciis exempta, ut prædia Ecclesias habentia hæreticis, mancipia Christiana iisdem & Judæis, *l. si quis, 10. C. de hæret. lit. Cod. de Christ. manc. hæret.* Enimvero non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, estque in singulis, quod seorsum considerandum.

(2) *Si rem sacram &c.)* Quarum rerum nullum omnino commercium est, ea in stipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura, *l. 1. §. si id quod, 9. de obl. & act. l. si stipulator, 35. l. inter, 85. §. sacram, 5. l. liber homo, 103. de verb. obl.* Quamobrem neque hoc casu magis, quam superiore aut æstimatio debebitur, aut pœna promissa peti poterit, *d. l. liberum, 103. l. si homo, 69. eod. l. cum servum, 39. §. ult. de legat. 1. §. 4. sup. de legat.* quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hic esse, quod foret, si res promissa nec esse posset in rerum natura. Neque enim inutilis stipulatio dici potest, ex qua aliquid debetur, & maxime si pro re debeatur æstimatio. Diversum omnino est, si quis ædem sacram aut locum religiosum ædificari stipulatus fuerit, hic enim in stipulationem deducitur, quod & natura fieri potest, & jure facere licet. *l. stipulatio, 38. §. ult. de verb. obl.* VINN. Sed cur liber homo, res sacræ, religiosæ, publica in stipulationem deduci nequit, cum tamen constare soleat earum rerum liberique hominis emptio venditio, bona fide facta? *l. 4. l. 5. l. 6. ff. de contrah. empt.* Cur, inquam, tam varie? Immo varie. Vere enim hujusmodi emptio non valet nisi eatenus, ut deceptus possit agere ad id quod interest. §. *ultim. Inst. de empt. vend.* Ad traditionem enim agi non potest, *d. §. ult. l. 103. ff. de verb. obl.* adeo ut tametsi in eum casum venditus fuerit liber homo, si servus factus fuerit, non valeat ea venditio, quia nefas est tales casus exspectare, *l. 34. §. 2. ff. de contr. empt.* Ergo in *leg. 4. & seqq.* supra adductis tantum eatenus emptio intelligenda dicitur, quia emptor, ignorans rei qualitatem, agere potest ad id, quod interest, vel re jam tradita, & b. f. possessa ad præstandam evictionem. HEIN.

Quam humani juris esse credebat) Eodem modo mox *quem servum esse credebat.* (3) Ubi & §. *præc. quem vivere credebat.* Et similiter Cajus *l. 1. §. si id quod 9. de obl. & act.* An ergo si sciebat stipulator rem esse divini juris hominem liberum esse, &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt valere saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest, ne frustra ea verba hic & apud Cajum expressa videantur. Sed & recte Wesembecius respondet, verba ista addita esse, propterea quod in ignorante major est causa dubitandi, an non saltem æstimatio, aut id quod interest, peti possit: in sciente enim vix esse potest; quoniam tum non modo ratione materiæ, verum etiam causæ efficientis, seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est, *arg. l. non solum, 31. de obl. & act.* & maxime si etiam promissor sciverit, *l. domum, 57. §. ult. de contr. empt.* Sed quid si solus stipulator conditionem rei ignoret, promissor sciat, an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod in sua interest deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur, non dari; si quidem in locis omnibus, ubi de stipulatione rerum, quæ in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronunciatur, inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est: nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hactenus teneat, ut res ipsæ debeantur, aut peti possint; tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat aut duntaxat venditor sciat, emptor ignoret, placet emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur, *l. 4. quæ officii, 62. §. 1. §. liberi, 70. de contr. empt. §. ult. inst. de empt. & vend.* Plane si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, putarem eum Jo. Fab. in causa proposito nomine doli adversus promissorem agi posse.

(4) *Quæ usibus populi)* Quæ in usu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ sunt in pecunia seu patrimonio populi aut Principis, *l. 6. l. pacta, 72. §. ult. de contr. empt.* quæ quidem & ipsa publica dicuntur, *l. quod in litore, 14. de acq. rer. dom. l. bona, 15. cum 2. seqq. de verb. sign.* nimirum propter personam possidentis: cæterum usu & jure, quo habentur, privata sunt atque in commercio, *l. 2. §. hoc interdictum, 4. ne quid. in loc. publ.*

(5) *Cujus commercium non habuerit)* Etiam earum rerum, quæ secundum quid extra commercium sunt, stipulatio inutilis, sed non semper. Inutilis, si vel propter rem impedimentum objiciatur, veluti si quis ea stipuletur, quæ ædibus juncta sunt: quoniam ea eximi & præstari Senatus voluit, *l. cætera, 41. de legat. 1.* Et igitur cum etiam hoc casu res ipsa non debeatur, nec debebitur rei æstimatio, quæ promissa non est, quod tamen non puto esse perpetuum, sed exemplo legati harum rerum aliquando etiam ex stipulatione æstimationem peti posse, *d. l. cætera, 41. §. si duobus, 4.* vel propter personam stipulatoris, quod ille rei commercium non habet, velut si Judæus mancipium Christianum dari stipuletur: hoc enim casu non magis utilis stipulatio, quam si res simpliciter atque in totum commercio exempta sit, *hoc text. l. multum, 33. de verb. oblig.* Quod si stipulator com-

commercium habeat, licèt promissor non habeat, placet stipulationem valere, *d. l.* 34. quippe posteriore hoc casu præstatio rei non est promissori impossibilis. Nam etsi ipse rem, quam promisit, habere aut possidere non potest; nihil tamen prohibet, quominus eam sic comparet, ut non sibi habeat, sed statim ei præstet, cui jus est eam habere, *vrg. l. aliud*, 71. *de verbor. signif.* atque eadem hac ratione defenditur legatum rei cujus hæres commercium non habet, modo legatarius habeat, *l. mortuo*, 49. §. *sed Proculus*, 3. *de legat.* 2. de quo plura scripsimus *ad* §. *non solum*, 4. *supr. legat.*

(6) *Vel rem suam*) Tertium genus rerum, quæ dari nobis non possunt, sunt res nostræ: quod enim nostrum est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, §. *sic itaque*, 14. *infr. de act.* Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. nemo*, 82. *de verb. obl. l.* 1. §. *nec minus*, 10. *de obl. & act.* Cui item consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sane rem nostram nobis restitui, tum etiam pretium rei nostræ nobis dari, utiliter stipulamur, *d. l. nemo* 82. Sed & rem furtivam dominum a fure recte stipulari placet, modo tamquam furtivam stipuletur, *l. scire*, 29. §. *ult. de verb. obl.* cujus rei ratio petenda ex *d.* §. *si sic itaque*, 14. *infr. de act.*

Nec in pendenti, &c.) Sequuntur aliquot ampliationes, quæ tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent. Prima significatur hoc vers. & apud Paulum *leg. inter*, 83. §. *sacram*, 5. *vers. quamvis sacra profana fieri*, &c. *de verbor. obligat.* (7) estque hæc, quod etsi res sacra postea profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilo magis stipulatio vires habeat aut sumat; vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est, *arg. l. cætera*, 41. §. 2. *de legat.* 1. *l. quod initio*, 29. *de reg. jur.* Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet, nec si sua res stipulatoris esse desierit, *hoc text.* nec si juncta ædibus postea fuerint separata, *d. l. cætera*, 31. §. 1.

(8) *Licet initio utiliter*, &c.) Ampliatio secunda. Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio res, quæ commercio exemptæ sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur, sed etiam si quid recte atque utiliter promissum postea in talem causam sine facto promissoris devenerit, placet, stipulationem extingui, & dissolvi obligationem, licet ab initio recte contracta sit, ut puta, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus licet esse cœpit sine facto promissoris, eum liberari, & satis esse, quod eventu præstatio facta sit impossibilis, *d. l. inter*, 83. §. *sacram*, 5. *vers. nam & cum l. is qui*, 51. *de verb. obl.* Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderunt, a quo non poterunt incipere, *l.* 11. *de servit. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* Vid. notata sub §. *ex contrario*, 14. *supr. de legat.* Eadem ratione & stipulatio rei alienæ perimitur, si res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris: sed hoc ita, si utraque causa fuerit lucrativa, non si altera onerosa, *d. l. inter*, 83. §. 61. *omnes debitores*, 17. *de obl. & act.* rationem diversi juris reddidi sub §. *si res*, 6. *supr. de legat.* (9) Quid si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem, hoc casu stipulationem evanescere, *l. cætera*, 41. §. *si duobus*, 4. *de legat.* 1. (10) De illo inter veteres non convenit, si res initio recta promissa, deinde commercio hominum exempta, rursum mutata conditione cœpit dari posse, veluti si servus liber factus in servitutem recciderit, an obligatio, quæ semel sublata fuit, restituatur. Celsus censuit restitui, magisque esse, ut propter impedimentum interveniens cessasse videri debeat obligatio, quam penitus extincta fuisse. Sed hæc Celsi sententia admissa non est, crebriusque placuit obligationem non restitui, utpote semel penitus sublatam: quemadmodum enim homo mortuus vitæ restitui non potest, ita nec in perpetuum extinctam obligationem posse resuscitari, *d. l. inter*, 83. §. *sacram*, 5. *vers. nec revocamus*; *l. qui res*, 98. ff. *eream*, 8. *de solut.* quibus locis etiam Celsi argumentis occurritur. Eadem dissensio & circa servum legatum interim manumissum, & postea servum iterum factum, inter Celsum & alios fuisse videtur, *l. si chorus*, 79. §. *ultim. de legat.* 3. junct. *l. servus*, 27. §. 1. *de alium legat.* quos tamen locos distinctione conciliare nititur Don. *in d. l. inter*, 83. §. *sacram* 5. *num.* 8.

(11) *Sine facto promissoris*) *d. l. inter*, 85. §. 5. Addidari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit, non extinguitur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quam si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, cum res ipsa præstari non possit, præstabitur æstimatio. Idemque est, si postquam debitor in re præstanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta sit; quoties enim aut culpa aut mora debitoris intervenit, placet, obligationem continuari, id est, ex eo tempore perinde perpetuo eum teneri, ac si res adhuc extaret, *l.* 23. *l. servum*, 91. *pr. & §. 3. de verb. obligat.*

(12) *Licium Titium cum servus fuerit*) Ampliatio tertia. Rem commercio exemptam non tantum pure inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditionem, licet nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse cœperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio, *illum, cum servus erit, dare spondes?* item: *eum locum, cum ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes?* nimirum quia nec præsentis temporis obligatione recipit, & ea duntaxat, quæ natura sua possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali hominis causa istiusmodi stipulationem detestamur, quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod Paulus, *d. l. inter*, 83. §. *sacram*, 5. & Pomponius, *l. si emptione*, 33. §. 2. *de contr. empt.* declarant sub persona liberi hominis sub conditione promissi. Enimvero hæc ampliatio pertinet duntaxat ad stipulationes earum rerum, quæ absolute & natura sua commercio exemptæ sunt; ad eas res non pertinet, quæ cum per se sint in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus accedens & temporarium. Etenim, quæ ædibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibentur, cum & sub conditione legari possint, *d. l. cætera*, 41. §. 1. *de legat.* 1. Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ. Quippe & hanc sub conditione recte stipulamur, ut stipulatio teneat si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. si rem*, 31. *l. existimo*, 98. *de verbor. oblig. dict. l. cætera*, 41. §. 1. *de legat.* 1. *l. existimo*, 61. *de contr. emption.* Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet: *d. l. cætera*, 41. §. 1. aut vitium rei, quod nullum est: potestque ea mutato interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sententia dubitatione, ut apparet ex *dict. l. existimo*, 98. *de verb. obl.* Illud ei adver-

adversari videtur, quoad etiam conditionales stipulationes ex præsenti vires accipere traditur *l. usufructus, 26. de stip. serv.* & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari, quo contrahimus, *l. filiusfam. 78. de verb. oblig.* Sed hoc recte dicitur, cum de persona stipulantis agitur, aut ejus cui inde acquiritur: ad res quæ in stipulationem deducuntur, non pertinet. Ut enim statim capiat stipulatio, necesse est, eum, qui stipulatur, sive pure stipuletur, sive sub conditione, stipulandi capacem esse; eademque ratio ejus, cui ex stipulatione acquiri volumus. At rei quæ usibus hominum non exempta in stipulationem deducitur, præstatio & obligatio in eventum differri potest, ut ante illum eventum neque peti possit, neque quicquam debeatur, *l. cedere diem, 213. de verbor. signif.* sed tantum spes sit, debitum iri, quam in hæredem transmittamus, §. *sub conditione, 4. supr. de verb. obligat.*

TEXTUS.

De facto vel donatione alterius.

3. *Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligabitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret spoponderit, obligatur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui alium daturum, &c. promittit, neque ipse obligatur, neque alium obliget?*
2 *De eo, qui se curaturum promittit, ut alius det.*
3 *Interdum qui factum alienum promittit, etiam sine expressione istorum verborum obligari, & moribus hodiernis semper.*

QUi alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l. 3. Cod. ne uxor pro mar.* Cur ipse non obligetur, duæ causæ sunt: una, quia non consentit, ut det aut faciat: altera, quia, etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit, quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendam verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, si eum obligari volumus, *d. l. inter, 83. in princ. de verb. obl.* Sed an non saltem hactenus eum, qui alium daturum aut facturum promisit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut ille alius det, aut faciat? Dicendum est, ne hactenus quidem eum obligari: alioqui stipulatio hæc non esset inutilis; sed factum alienum utiliter promitteretur, contra quam in universum definit Hermogen. *l. sicut, 65. de fidejuss.* & Ulpian. *l. stipulatii, 38. in principio de verb. oblig.*

(2) *Qui effecturum se*) Aut *se curaturum*, ut alius det, *d. l. inter, 83. princ. eod.* quippe hac stipulatione, non tam factum alienum, quam proprium promissoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur, quantum ut alter daret curaturum se promisit, per *l. si hæres, 72. de legat. 1.* aut si promiserit curaturum se, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id quod stipulatoris interest. Communiter receptum tradit Wesembecius, promissorem liberari, si omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit, quasi hoc solum promisisse intelligatur: ut proinde non aliter conveniri possit, quam si negligentia aut culpa ejus arguatur, allegatis Bart. *conf. 236.* Boer. *decis. num. 16.* Schurfl. *conf. 15. decis. 1.* textus tamen omnes indistincte loquuntur, vid. D. Bronch. *4. assert. 40.* Ant. Fab. *C. for. de contr. stipulat. defin. 10.* Interdum sane qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, *se effecturum* aut *curaturum, &c.* (3) quasi tacite id actum videatur considerata qualitate negotii; veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse, *l. qui autem 14. §. 2. de pec. const.* item si procurator, de cujus mandato dubitatur, promiserit, rem ratam dominum habiturum, *tot. tit. rat. rem hab.* Estque posterior hæc stipulatio Prætoria; ac proinde ut reliquæ ejusdem generis, legem & interpretationem recipit de mente Prætoris, *l. in conventional. 52. de verb. obli. l. 9. de stipul. Præt.* Similia exempla occurrunt in *l. stipul. 38. in pr. l. quotiens, 81. l. inter, 83. pr. de verb. oblig.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur. Qui promisit, *se facturum*, ut decem dentur, ipse dare cogitur, nec liberatur dando expromissorem, *l. si hæres, 73. de legat. 1.* At qui *curaturum se*, ut decem dentur, promisit, placet, eum liberari alium reum locupletem dando, *l. ult. §. he reb. cred. l. illa stipulatio, 67. §. 1. de verb. obl.* Curare enim non tantum numerare est, sed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi significationem in proposito habet. Cujac. *ad d. l. 67.* Nostris & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacite intelligitur promittere se curaturum aut effecturum, ut alius det aut faciat. Grot. *2. introduct. c. 3.* Goris *adverf. tract. 3. cap. 3. n. 10.* convenienter æquitati juris Canonici. Covarr. *in cap. quamvis de pact. in 6. p. 2. §. 5. n. 1.* Cyprian. *hic conf. Be.g.*

TEXTUS.

De eo, in quem confertur obligatio, vel solutio.

4. *Si quis alii, quam ei, cujus juri subjectus est, stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extrantam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur, mihi, aut Sejo, dare spondes? ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Sejo, etiam invito eo, recte possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio, Sed utrum totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est. Sed placuit, non plus, quam dimidiam partem ei acquiri. Ei vero, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua tanquam filii intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.*

NOTÆ.

4. *Quam ei, cujus juris subjectus*) Patri scil. aut domino, *l. 38. §. 17. l. 45. de verb. oblig. supr. de stip. serv. & infr. per quas pers. nob. obl.*

Nihil agit) Nec sibi acquirit, quia hoc actum non est: nec alteri, quia hoc repugnat fini omnium obligationum, *dict. l. 28. §. 17. & infr. eod. §. 18. l. 11. de oblig. & act.*

Etiam invito eo) Stipulatore scilicet. Cæterum hæc potestas adjecto solvendi, lite contestata intercidit, *l. 16. de fidejuss. l. 575. §. 1. de solut.* aut statu ejus in causam

causam deteriorem mutato, *l.* 38. *dict.* tit. junct. *leg.* 56. §. 2. *de verb. oblig.* nec ipse petere, nec novam, nec acceptam fere potest, quia obligatio soli acquiritur stipulatori, *l.* 10 *de solut.*

Vox tua tamquam filii) Patris & filii persona pene eadem, *leg. ult. Cod. de impub. & al subst.* est enim filius veluti portio patris. Arist. 1. *magn. mor.* 34.

Quæ tibi acquiri possunt) Non ergo si quid pater stipuletur ex causa castrensis peculii, *l.* 39. *de verb. oblig.* aut si factum in personam filii conferat, *l.* 130. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui alteri stipulatur, emit, conducit, &c. nec sibi nec alteri obligationem acquirere.*
2 *Quæ cautiones hic adhibendæ?*
3 *An tabellarii stipulando alteri acquirant? & quid juris hodie?*
4 *Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter casus? n.* 2.
5 *Quid stipulatio solutione in alium collocata tribuat stipulatori?*
6 *Quid adjectio solutionis causa?*
7 *Quid permittat promissori, & quem liberationis modum faciat?*
8 *Quid si adjectus statum mutaverit?*
9 *Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, tum ratione reorum, tum adjecti?*
10 *An in contractibus locus sit juri accrescendi?*
11 *De patre stipulante filio, sive quem in potestate habet sive emancipato.*

(1) QUemadmodum nemo alium daturum factumve promittens, aut ipse obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri stipulando aut sibi, aut alteri obligationem acquirit, *l. stipulatio*, 38. §. *alteri*? 17. *de verb. oblig.* §. 3. *C. de contr. stip.* §. *alteri*, 18. *infr. hoc tit.* Non sibi, quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa: non alteri, quia repugnat fini stipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ut vero alteri detur, nihil interest nostra, *d. l. stipulatio* 38. §. *alteri*, 17. Neque hoc ad stipulationes tantum pertinet, sed ad cæteras quoque conventiones, *S. pen. supr. per quas person. l. si ita*, 126. §. 2. *v. respondit*, *de verb. oblig. l. solutum*, 11. §. *pen. de pign. act. l. quo tutela*, 73. *in fin. de reg. jur.* In summa, ut Paulus scribit, *quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant* (id est, ut nunc vulgo loquuntur, nisi in persona nostra radicentur,) *inanem actum nostrum efficiunt; & ideo*, inquit, *neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus, l. quæcumque*, 11. *de obl. & act.* (2) Verum hic cautiones quædam adhibendæ sunt. Primum enim quod dicitur, neminem stipulando alteri obligationem aut actionem acquirere posse, de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum, nisi ille alter, in quem stipulatio confertur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeatur: quo in numero sunt tum ii, quorum in potestate sumus, tum hæredes nostri. Plane enim quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, *hoc text. in pr. d. l. stipulatio*, 38. §. *alteri*, 17. *l. quodcumque*, 35. *de verb. obl. sup. tit. de stip. serv. & infr. per quas person.* nob. *obl.* Sed & hæredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis acquirimus, *a l. stipulatio*, 38. §. *sed si*, 12. *& §.* 14. *de verb. obl. l. avus*, 33. *de pact.* nec tantum cum nobis simul & hæredibus nostris stipulamur, sed etiam cum hæredibus solis: utique jure novo ut actio ab hæredibus incipiat, *l. unic. C. ut act. ab hæred.* Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa; sunt tamen quædam personæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere sunt tutor, curator, actor civitatis, nam si tutor pupillo, curator adolescenti, actor civitati quod dari aut fieri stipulentur, placet, pupillo, adolescenti, civitati utilem actionem dari, *l.* 5. §. *pen. de pec. constit.* In eadem causa est & procurator militis, *l. si pecuniam*, 26. *de rec. cred.* item magistratus in cautione pro pupillo a tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non solum magistratus ipse ex his causis pupillo recte stipulatur, sed etiam alium adhibere potest, puta servum publicum, aut si videtur, quamvis liberum hominem, qui idem pupillo stipuletur, *l.* 1. §. *fi magistratus* 11. *&* §. 15. *exigere*, 15. *de magistr. conv. l. non aliter*, 18. *de adopt. l.* 2. *&* 3. *rem pup. salv. for.* Ad hæc ex stipulatione procuratoris tribus ex causis domino utilis actio datur. 1. si ex re domini stipuletur, *l.* 5. *quod procurator*, 68. *de procurat.* 2. si domino præsente, *l. si procuratori*, 79. *de verb. oblig.* 3. si utilitas id exigat, nec alter domino re salva esse possit. Receptum id primum in contractu institutoris, *l.* 1. *in fin. t.* 2. *de inst. act.* idem eadem conditione translatum ad contractus procuratoris, *l.* 13. §. *si procurator*, 25. *de act. empt. l.* 5. *de pract. stip. leg. damni*, 18. §. *ult. de damn. infect.* (3) Quæsitum de tabulariis, seu, ut nunc vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus absentibus recte stipulentur, iisque obligationem acquirant. Quod omnino negandum est, si quidem de jure civili Romanorum quæratur: quippe quo jure nec servus publicus id potuit, nisi in duabus illis, quas dixi, causis, ac magistratu jubente stipulationem interponi. Si vero de jure hodierno, ubique fere locorum invaluit error veterum Interpretum, receptumque, ut notarii aliis recte stipulentur, & stipulando actionem acquirant. De eo tamen nondum satis convenit, an ex hujusmodi stipulatione aliave conventione notarii alteri absenti jus aliquod acquiratur ante ratihabitionem. Vide Thesaur. *decis.* 70. Fachin. 8. *controv.* 91. Christin. *volum.* 3. *decis.* 24. *& volum.* 4. *decis.* 177. *&* 209. ubi etiam quærit, an persona quoque non publica alteri stipulari possit secundum dispositionem juris Canonici *c. quoties cordis*, 9. *qu.* 7. Sane non obstat jus naturæ aut gentium, quoniam alteri etiam extraneo recte quilibet stipuletur, ut ei volenti & promissum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Immo id juri naturæ neque congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici, Grot. 2. *de jur. bell. & pac. c.* 17. n. 18. & ideo moribus horum temporum id passim obtinet. Groenev. *de legib. arb. ad* §. 18. *infr. hoc tit.* & ibi cit. Cyprian. *Conf. Belg. ad* §. 3. *supr.* (4) Postremo etiam illud in quibusdam causis admissum est, ut alteri ex pactione & stipulatione alterius actio utilis quæratur, si pactio adjecta sit actui naturali; ut puta rem alienam, quam apud se quis habebat, alteri commodavit, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam domino restitueret: aut alienos nummos alicui dedit, ut domino solverentur: ex his causis placet domino utilem actionem comodati, depositi, conditionem dari, *leg. penul. Cod. ad exhib.*

exhib. l. si ita, 12. §. 2. *de verb. oblig.* Item si quis suos nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati sunt, conditio acquiritur, *leg. 9. §. penult. de reb. cred. d. leg. si ita*, 126. §. 2. *de verb. oblig.* Similia exempla sunt in *l. 5. Cod. de cond. indeb. l. 13. de pign. action.* Postremo etiam affectioni personarum conjunctæ cum favore causæ hic aliquid tributum, *l. Cajus*, 45. *solut. matrim. l. 5. de pact. conv.* rigorique juris posteriorum Impp. constitutionibus non nihil mitigatius est, *l. 3. C. de donat. quæ sub mod.*

Solutio etiam in extraneam personam) Quod vetat regula juris alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando alteri acquiratur. Cæterum si eo spectet stipulatio, ut obligatio soli acquiratur stipulatori, jus autem sit promissori, etiam alteri solvere, quoniam ad hunc effectum utiliter persona extranea inferatur, regula non prohibet. Atque hoc est, quod hic dicitur, solutionem etiam in extraneam personam conferri posse.

Mihi aut Sejo dare spondes) Conferri in alium solutio seu potestas alteri solvendi fieri promissori intelliguntur, si quis disjunctim ita stipuletur, *Mihi aut Sejo decem dare spondes?* ac proinde utilis hac stipulatio in utriusque persona censetur: in persona stipulantis ad acquisitionem obligationis, in persona adjecti ad solutionem. *l. eum qui*; 56. §. 3. *l. ultim. §. 3. de verb. oblig. l. si mihi*, 23. *de fideicom. l. 9. l. 10. de solut.* Sed age consideremus separatim, quod hæc stipulatio tribuat stipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promissori; tot enim sunt, ad quos pertinere potest. (5) De stipulatore hoc loco & dict. *leg. ultim. §. 3. de verb. oblig*, traditum est, ei soli ex hujusmodi stipulatione obligationem acquiri: & acquiritur citra dubitationem totius summæ in stipulationem deductæ, ut solida decem ei debeantur, non pars duntaxat. Neque enim quia decem duobus stipulatus est, ideo summa inter eos dividitur. Divideretur, si conjunctim stipulatus esset sibi & Sejo, de quo mox plura. Qui vero disjunctim decem sibi aut alii dari stipulatur, aperte stipulatur decem solida utrique: nec persona adjecta impedire potest, quominus in id totum, quod sibi quoque stipulatus est, obligationem & actionem acquirat. At ex contrario, Sejo adjecto ex stipulatione proposita nihil deberur: quippe cui nihil ex conventione aliena acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere potest id, quod in stipulatum deductum est, neque promissorem ullo suo facto liberare, *l. 7. §. 1. de constit. pec. l. 10. de solut.* non fidejussores aut pignora accipere, *l. si mihi*, 23. *de fidejuss. leg. is qui*, 33. *de pign.* denique nec pecunia ei suo nomine constitui potest, *d. leg. 7. §. 1. de pec. const.* Solummodo ad hoc utilis hæc stipulatio in persona Seji adjecti, ut solutam ex causa stipulationis pecuniam accipere possit, eoque facto promissor liberetur. Cum vero omnis adjecto solvendi facultas promissoris causa constituta sit, videndum etiam, quid hic promissori tribuatur ad liberationem. Promissori in summa hoc tribuitur, ut etiam adjecto solvere possit, eaque solutione ipso jure liberetur, ut hic expressum est. Et quamvis partem solverit stipulatori, nihilominus tamen reliquum recte dabit adjecto, *leg. cum decem*, 71. *princip. de solut.* Hoc amplius etiam invito & prohibente stipulatore solvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet stipulatio, quam immutare stipulatori non licet, *leg. 12. §. penult. de solut. leg. 16. de fidejussor.* Sed neque promissori ad solutionem obstat adjecti conditio. Stipulatus quis est sibi aut Stichо Sempronii servo dari: soli servo sine voluntate domini recte solvitur, *leg. 9. de solut.* Stipulatus quis est sibi aut pupillo: placet, promissorem etiam sine tutoris auctoritate pupillo solvendo liberari, *leg. 11. dict. tit.* Hoc ideo, quia dum adjecto solvitur, ipsi creditori solvi videtur, cum nihil interfit, jubeam te alicui solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, *leg. si ita*, 59. *eodem*. Cæterum & solutionis verbum & certæ personæ adjectio aperte liberationi modum facit, quem excedere non licet, ut in mandatis accidit, *leg. 6. mandat.* ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto promissoris, ut solvat videlicet, & certa persona, in qua hæc veluti conditio impleri debeat, si quid horum servatum non fuerit, placet, factum promissori ad liberationem non prodesse. Et primum igitur nihil agit promissor cum Sejo adjecto pacisendo, sive pacisceatur Sejus se non petiturum, sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam tulerat, *leg. 10. de solut.* Hanc quidem acceptilatio vim solutionis habet, & novatio, omnisque conventio liberandi debitoris causa interposita, sed tum solummodo, cum a creditore proficiscuntur, cujus est debitorem liberare. Adjectus vero creditor non est. (7) Deinde nihil agit promissor alii solvat, quam adjecto: nam neque personam adjecti, quæ a stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum ut etsi persona servi adjecta sit, nec domino recte solvatur, nisi ex voluntate servi *leg. 9. leg. Stichum*, 94. §. *nam si*, 7. *de solution.* Ad rem nihil oertinet, quod quæcumque per servum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hic non adjicitur, ut vel ipse quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit, nec tutori vel curatori dando liberatur, nisi pecunia in rem eorum versa sit, *dict. leg. 5. §. 59.* & quia adjectus procuratori similis est, nec hæredi ejus recte solvitur: quippe cum mandatum morte finiatur, *leg. cum quis*, 55. *de verb. oblig.* Cæterum omnis adjecto solvendi potestas lite cum stipulatore contestata intercidit, *leg. 6. de fidejuss. leg. si quis*, 57. §. 1. *de solut.* Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, *leg. 3. §. idem scribit*, 11. *de pecul. leg. aliam*, 29. *de novat.* (8) Illud ex sententia contrahentium placuit, ut ita demum adjecto recte solvatur, si in eodem statu maneat, quo erat, cum stipulatio interponeretur, quasi hæc conventio tacite stipulationi insit, *si in eadem causa maneat*. Itaque si vel in adoptionem se dederit vel deportatus sit, aut servus factus, non recte ei solvitur, *leg. eum qui*, 38. *princ. de solut.* Plane si ad meliorem causam pervenerit, puta si ex servo liber, ex filiofamilias sui juris factus fuerit, dicendum est adhuc ei solvi posse, *argum. leg. eum qui*, 26. §. 2. *de verb. oblig.* add. Donell. *leg. 55. d. tit.* ubi refellit Cujacium contra sentientem atque alios vellicantem, ostenditque esse aliquid proprium usufructus in specie, quæ proponitur a Papiniano in *leg. Stichum*, 95. §. *qui usumfr. 6. de solut.*

Adversus Sejum habeat mandati actionem) Hoc idem traditur a Scævola in *l. Julianum*, 131. §. 1. *de verb. oblig.* & ideo receptum est, quia alia actio deficit, & adjectus instar procuratoris est. Verum enim procuratorem non esse, immo ne procuratorem quidem esse satis constat, *leg. 12. §. 1. & 2. seqq. de solut.* Cæterum stipula-

pulator ut plurimum adjecto mandare solet, ut solutionem accipiat.

Si quis sibi & alii) Hac stipulatione recepta, *Mihi aut Titio dare spondes?* qua placet solutionem saltem utiliter in Titium conferri, quæsitum est, propter similitudinem conceptionis, num idem efficiatur conjunctim stipulando, *Mihi & Titio decem dari.* (9) Sed diversa hic omnia constituta sunt, tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulatorem quod attinet, hoc interest inter priorem stipulationem & hanc posteriorem, quod ex illa tantum promissam est, stipulatori debetur, ex hac dimidium dumtaxat, *l. si mihi* 110. *de verb. oblig. & h. t.* Cur vero tam varie? nimirum propter diversam vim orationis disjunctivæ & conjunctivæ: quippe hujus vis est, ut pro numero personarum summa stipulatione comprehensa dividatur, illius non item. Cum enim disjunctim quis stipulatur sibi aut Titio decem dari, non attribuit hanc summam pluribus, sed uni tantum, si alteri non detur. Quæ autem summa uni attributa est, ea non potest dici enumeratione personarum divisa. At cum stipulor conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & simul stipulor eamdem summam mihi & Titio: ut perinde sit, ac si dixissem: *Mihi & Titio simul decem dabis?* id est, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc est, quod Julianus ait, una decem communiter in hac stipulatione comprehendi, *l. cum quis, 56. princ. de verb. oblig.* fac. *l. cui fundus, 16. de cond. & dem. l. reos* 11. §. 1. *de duob. reis.* Hinc etiam efficitur, ut etiamsi non pecunia, sed certum corpus stipulatione comprehensum sit; non amplius tamen quam pars debeatur, ut recte censet Bachovius contra Hotomannum, fac. *dict. l. si mihi* 110. *de verb. oblig.* Plane si res in stipulatum deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit, magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur; *arg. leg.* 5. *comm. præd.* §. *ult. sup. de stip. serv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur; & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantum vendita intelligeretur, *leg. fundus* 64. *de cont. empt.* De Titio adjecto nihil nominatim a veteribus definitum legimus. Cæterum hoc posito in hac specie, *Mihi & Titio decem dabis*: stipulatorem videri tantum quinque sibi stipulari, reliquum Titio, satis intelligitur, Titio nec unam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam a promissore recte solvi; cum non solutioni, sed obligationi persona illius applicata sit.

Non plus quam dimidium partem) Uti ex stipulatione proposita obligatio in solidum stipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter stipulatus est, partem ejus augeat, *leg. si mihi* 110. *de verb. oblig.* ita nec in totum inutilis est, sed pro parte tantum, ne quod sibi utiliter stipulatus est, inutili adjectione videtur, *leg.* 1. §. *pen. cod. cap. utile* 37. *x, de reg. jur. in* 6. (10) Hinc vulgo colligunt, jus accrescendi inter conjunctos non habere locum in contractibus, nisi aut causa operosa, aut res individua sit. Gomez. 1. *resolut. cap.* 10. *ibi citati n.* 1. *& seqq.* Quod tamen insubtiliter dicitur. Nam de jure accrescendi non recte disputatur, nisi actus in utriusque persona ab initio constitutus, ut concurrentes singuli partem petere possint, uno autem deficiente totum ad alterum pertineat, ut fit cum duo ad eamdem hæreditatem vocantur, aut cum duobus eadem res conjunctim legatur, 9. *eadem* 8. *sup. de leg.* At in contractibus persona conjuncti facit, ut actus aut pro parte nullus sit, aut ut perinde sit habendus, ac si omnino adjectus non esset, totumque negotium ad alterum solum pertinere, add. Duar. *leg.* 1. *de jur. accresc. c.* 15. Bronchorst., 2. *assert.* 60. D. Svannemb. *de jur. accresc. c.* 8. VINN. Quoties itaque copulative concipitur stipulatio: *Mihi & Titio decem dare spondes?* stipulatio tantum ratione mei utilis habetur, mihique debentur quinque. Eninvero an non turbat *leg.* 38. §. 19. *ff. de verb. oblig.* ubi Ulpianus respondet: *Eum qui dicat mihi decem & Titio decem, eadem decem, non alia decem dicere credendum est?* Turbaret sane, si Ulpianus diceret, Titio eadem decem deberi; sed id non dicit, (11) Potius sensus est, eum qui sibi decem & Titio decem stipuletur, non stipulari viginti, sed decem tantum, adeoque non decem, sed quinque tantum accipere. Aliud tamen in ultimis obtinet voluntatibus. Nam, *si quis testamento suo Titio & Sejo decem dari jusserit, nullam hæc verba recipiunt ambiguitatem, ut DENA dixisse videatur, qui decem dixit.* Ita Julianus *l.* 79. *ff. de leg.* 1. In ultimis enim voluntatibus quin & alii absenti ab alio legari possit, nemo dubitat. HEIN.

Qui tuo juri subjectus est) Interdum qui verbis stipulatur, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibique actionem acquirit: idque toties accedit, quoties stipulantis peculiariter interest alteri dari: de quo dicemus *inf. sub* §. *sed etsi*, 19. Pertinent huc dominus & pater; qui filium in potestate habet, quos placet servo & filio recte stipulari, *hoc text. l. dominus, 39. l. eum qui 56.* §. 3. *l. quod dicitur*, 130. *de verb. obligat. l.* 2. *C. de contr. stip.* nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit, id statim domino aut patri acquiritur. Ait, *Tuo juri subjectus.* Ergo si filio emancipato pater stipuletur, non idem probandum est, *l. genero*, 26. *Cod. de jur. dot.* Sed nec ipsi filio emancipato ex stipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, *dict. l. si genero*, 26. Nec obstat *l. quodcumque* 45. §. 2. *de verb. obligat.* nam illud dumtaxat ex eo loco recte colligitur, quibus in causis pater filiæ emancipatæ stipulari potest, in his etiam huic filiæ recte stipulari post mortem suam, ut utilis actio filiæ detur. At hoc tantum receptum in causa dotis, cum pater dotem & quidem a se profectam stipulatur reddi filiæ, cujus nomine data est, *leg. Cajus* 45. *solut. matr. leg.* 7. *Cod. de pact. conv.* Neque vero uteretur Jurisconsultus exemplo filiæ, si pariter filio quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus pater recte stipularetur. Donell. *ad l. stipulatio ista* 83. §. *alteri* 17. *n.* 60. *de verb. oblig.*

Vox una tamquam filii) Patris & filii, quem in potestate habet, eadem persona, eadem vox esse dicitur, §. *post mortem* 12. *infr.* Sed observetur, hoc dici cum adjectione, cum per filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod si pater filio stipuletur, quod constat in persona filii, nec ad patrem redire possit, huc non eadem vox patris & filii habetur, nec magis utilis est stipulatio, quam si cuivis extraneo stipulatus esset. Hinc improbati primum hæc stipulatio, si pater stipuletur factum, quod in personam filii conferatur, puta ut ei ire agere liceat, *l. quod dicitur* 130. *de verb. oblig.* Deinde & illa, si stipuletur quidem filio id, quod juris sit, sed quod leges ei acquiri non permittunt,

tuntur, *l. dominus 39. eod. & h.t.* veluti ne quid stipuletur filio ex causa castrensis peculii, aut adventitii, quod patri nullo modo acquiratur: nam ubi ususfructus patri quæritur, saltem usque ad quantitatem ususfructus eum actionem habiturum existimo: quia hactenus ejus interest.

TEXTUS.

De interrogatione, & responsione.

5. Præterea inutilis est stipulatio, si quis ab eo, quæ interrogatus fuerit, non respondeas, veluti si quis decem aureos a te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra, aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione ne promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas; præsenti die spondeo: Nam si hoc solum respondeas, promitto; breviter videris in eamdem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.

NOTÆ.

5. Si quis decem, &c. tu quinque vel contra) Tota hæc verborum conceptio non est plane inutilis, sed pro ea summa dumtaxat, quæ vel interrogationem vel responsionem excurrit, quoniam cum in majori summa semper insit minor, hactenus quoque apte responsum hic intelligitur, *leg. 1. §. 4. l. 81. §. 3. de verb. oblig.* Similiter, si quis de una re interrogatus promittat & eam, & plures conjunctim; aut de pluribus conjunctis ex his unam, placeat promissorem saltem obligari in eam rem, de qua & interrogatus est, & respondit, *d. l. 1. §. 5. d. l. 83. §. 4.*

COMMENTARIUS.

1 *Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda?*
2 *Quid juris, si diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem? & n. 4. & 7.*
3 *Quid si circa qualitatem seu formam stipulationis? & n. 6.*
4. *Ad quam speciem pertineat definitio, l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.*
5. *Quid si impersonaliter respondeatur?*

AD conficiendam stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est, respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interrogationem; alioqui inutilis est stipulatio, auctore Justiniano in *princ. hujus* §. Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quam ex re & sententia verborum æstimanda est. Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet eodem modo seu servata eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat, veluti si Latine interrogatus respondeat Græce, §. 1. *sup. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod.* Similiter qui stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondet, obligatur, ut qui apte ad interrogandum responderit: *l. quæ extrinsecus 65. §. 1. eod.* Sed & qui ita interrogatus, Dabis? respondet. Quid ni? recte respondisse intelligitur, & obligatio constituta, *d. l. 1. §. 5.* Denique non est necesse, verba stipulatoris, omnia in respondendo repetere, *h. t. in fin.* Qui vero aut non idem respondet, aut respondet, alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis, is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, atque in ea causa est, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum interest, utrum quis non idem respondeat, an alio modo: id est, utrum diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem in stipulationem deductam, an circa stipulationis qualitatem. Cum in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando respondetur plane aliud, veluti pro Sticho Pamphilus; (nam isto modo uullam omnino contrahi obligationem convenit), sed cum respondetur plus aut minus, placet non in totum stipulationem esse inutilem, sed tantum quatenus plus aut minus est in responsione aut interrogatione, idque sive certa summa sive certa corpora in stipulatum deducta sint. Itaque si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, aut ex contrario, si viginti stipulanti, respondeas decem: non in totum inutilis est stipulatio, sed pro ea summa dumtaxat, quæ alterius vel interrogationem vel responsionem excurrit: nam in decem utique & utroque casu obligationem contractam, diserte scribit Ulp. *d. l.* §. *si stipulanti 4. de verb. oblig.* Similiter si quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum spondeat, aut ex converso de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex his promiserit, non in totum vitiatur obligatio, sed placet promissorem saltem obligari in eam rem, de qua interrogatus est, & respondit *d. l. 1. §. sed si 5.* neque nova stipulatoris approbatio efficit, ut in totum hæ stipulationes valeant, & quatenus consistunt; etiam sine ea consistunt, *l. inter 83. §. item si 4. eod.* §. *quoties 17. inf. eod.* VINN. Ita quidem Ulp. *d. l. 1. §. 4. ff. de verb. oblig.* Sed nescio an omnes veteres idem senserint: Saltem Cajus, *l. 1. inst. t. 9. §. 10. si creditor*, inquit, *decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat, hoc ordine totum debitum vacillare cognoscitur.* Idem sensus videtur §. nostri. Utrum ergo hanc contrarietatem nullo pacto conciliari posse dicemus cum Hotomanno? An cum Accursio dicemus quoad minorem summam valere promissionem, si alter statim in eam consenserit & de novo stipulatus sit? Posterius sane magis placet, quam ut sine ea limitatione paragraphum nostrum ex Ulp. *leg. 1. de verb. oblig.* (3) Interpretemur HEIN. At cum quis mutata stipulationis qualitate aliter respondet, quam interrogatus est; quod fit, cum vel simpliciter interrogatus respondet, se daturum sub conditione vel in diem: vel sub conditione aut in diem interrogatus respondet pure, id est sic ut expresse dicat se statim daturum: sic evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, qua tamen specie hæc exceptio probata est, nisi diversitas responsionis illico placuerit stipulatori. Videamus autem quam recte hæc omnia dicantur. Illud extra controversiam est, si de decem interrogatus respondeas viginti, non esse contractam obligationem in viginti, quia de viginti interrogatus non es, quod significat Ulp. *d. l. 1. §. 4.* cum ait *oportere congruere summem.* At quid si mihi illico placeat responsio tua? (4) Ajo, nihilo magis te in viginti obligari; etenim natura stipulationis, quæ interrogationem præcedentem desiderat, non patitur, ut in id, de quo interrogatus non es, obligatio contrahatur, quantumvis promis-

sio

ho tua mihi placeat. De eo quæritur, an ex hujusmodi stipulatione saltem tenearis in decem? Et ait Ulp. *d. l.* obligationem saltem in decem esse contractum, idemque esse & si me viginti interrogante, tu decem respondeas. Sed utrum hoc ita demum, si responsio tua mihi confestim placeat, ut quidam existimaverunt; an etsi non placeat? Ajo, etsi non placeat: hoc enim evidenter demonstrat ratio Ulpiani, *Licet enim*, inquit, *oportet congruere summam; attamen manifestum est, viginti & decem inesse*: quasi dicat, diversitas responsionis in decem hic nulla est, sed summa interrogationis & responsionis saltem in decem optime convenit, quod si verum est, frustra desideramus aliam stipulatoris approbationem, fac. *l. inter* 83. §. 3. *de verb. obligat.* (5) Item multo magis dicendum est, si plures res conjunctim aut in interrogationem aut responsionem deducantur: nam tunc plures sunt stipulationes invicem distinctæ, tot videlicet quot sunt res expressæ; quarum stipulationum cum illæ utiles sint, in quibus ad interrogatum responsum est, per alias inutiles vitiari non debent, *d. l.* 1. §. 5. *l. scire* 29. *d. l. inter* 83. §. 4. *l. quod dicitur* 86. *eod.* At enim Jurisconsultus *d. l.* 1. §. 4. *in fin.* sic generaliter definit, *Cum adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.* Nego, hanc definitionem ad eam speciem pertinere, cum stipulanti res plures aut pauciores spondemus, quam stipulatus est. Nam ubi plures sunt stipulationes separatæ, ibi una neque adjici alteri recte dicitur, quia numquam cohærent, neque detrahi, quia prius in altera non sunt. Sed neque pertinet ad eam speciem, cum major aut minor summa promittitur, quam stipulatione comprehensa est: satis enim est, ad stipulationem idem respondere, de quo interrogatus es, etiamsi in partem, (dummodo certam & divisam) non autem ad omnia respondeas, *l.* 1. §. 4. Qui igitur pertinet? At speciem illam alteram, cui & subjicitur, cum scilicet respondetur, mutata interrogationis forma, conditione, aut die obligationi adjecta vel detracta; quo casu alias in totum vitiaretur stipulatio, sive plus sive minus promittatur: quoniam neutiquam congrua illa responsio, quæ aliam formam & qualitatem obligationis facit. VINN. Immo *l.* 1. §. 3. omnino videtur ad eum casum pertinere, si stipulanti res plures vel pauciores spondemus, quam rogavit. Exemplum est apud Plaut. *in Trinum*, *Act.* 5. *SC.* 2. *v.* 43. ubi cum Charmidas interroganti Lysitelli: *Spondesne ergo tuam gnatam uxorem mihi?* responderet; *Spondeo & mille auri Philippum dotis*: Lysiteles stipulationem repetit, quia stipulatori diversitas responsionis illico non placebat. Et tamen plus promiserat Charmidas quam fuerat interrogatus. HEIN. Cæterum quia hic circa rem ipsam nulla est in interrogatione & responsione diversitas, placet approbationem stipulatoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam perinde habeatur, ac si ad interrogatum congruenter responsum esset; atque ut Jurisconsultus *dict. loc.* ait, quasi alia contracta esset stipulatio: ex quo recte etiam hoc colligitur, hanc approbationem efficere, ut id quoque, quod plus hic promissum est, debeatur. D. Tuld. *comment. hoc tit. cap.* 2. Conditio etiam tunc obligationi adjici aut detrahi intelligitur, cum quis de una re interrogatus disjunctim plures promittit, aut de pluribus disjunctim interrogatus, unam ex his. Ut ecce si quis de Pamphilo interrogatus Pamphilum aut Stichum respondeat, hic qui pure interrogatus est, obligationi adjicit conditionem. Pamphilum sub conditione spondens, si Stichum non dederit. Et ex converso si stipulante me Pamphilum aut Stichum, tu unum daturum te spoponderis, hic obligationi conditionem detrahis, pure promittens quod ego sub conditione stipulatus sum, ac proinde utroque casu fit, ut stipulatio in totum sit inutilis, quia neutro respondetur servata stipulationis forma, *dict. l.* 83. §. 2. *d. l.* 1. §. 3. In summis vero etiam hic, quod minus recte sponderi intelligitur; *dict. l.* 3. §. 3. Fuse Don. ad *dict. leg.* 1. §. 3. 4. sed melius ad *l. sciquam* 29. *eod. sub fin.* Gomez. 2. *res.* 10. *n.* 4. Hodie postquequaque hujus subtilitatis ratio habetur.

Tu quinque promittas, vel contra) Ostenditur ex Ulpiano, *leg.* 1. §. 4. *de verb. oblig.* cum quis majorem aut minorem summam spondet, quam de qua interrogatus est, non in totum vitiari obligationem, sed valere saltem in summam minorem: quoniam hactenus apte atque ad interrogatum responsum est. (5) Non est existimandum, id negare Imperatorem, cum hic ita proponit, *inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat*; & ad hoc declarandum tali exemplo utitur: *Si quis decem a te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Sufficit enim ad probandum quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est, & hanc stipulationem hactenus esse inutilem; quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem: *Decem aureos mihi dare spondes? Quinque dare spondeo.* Nam cum in quinque, quæ manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione conveniat, utique saltem in quinque etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulp., & vel secundum hanc ipsam Justiniani propositionem. Auctorem Institutionum, quæ Caji nomine scribuntur, *lib.* 2. *tit. de oblig.* §. 10. sive is Anianus fuit, sive quis alius nihil moror. Plane alia ratio est contractuum oneroforum, in quibus quod vicissim præstandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, si quinque ei promittantur, pro dissentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *leg. si decem* 52. *de locat.* Gomez. 2. *resolut. cap.* 10. *n.* 4. D. Bronc. 4. *assert.* 37.

Ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra). Exemplum stipulationis, quæ ideo inutilis, quia respondetur mutua obligationis forma, adjecta scilicet aut detracta conditione: cujusmodi stipulationem prorsus inutilem esse paulo ante probavimus, nisi diversitas responsionis illico placeat ex *l.* 1. §. 3. *de verb. obligat* quamquam hoc omissum hic a Compositoribus, ut alia, in quibus hoc genus discrepat a superiore. Sciamus igitur, alterum cum altero secundum quid tantum comparari.

Neque enim necesse est, &c.) Non est necesse, ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondeo *Spondeo*, aut *Promitto*, responsio ad universam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. *quoties*, 17. *inf.* nam ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, ita respondisse intelligitur. Quid si interrogatus *Dabis?* respondeat impersonaliter, *Dabitur?* Puto recte atque ad interrogatum responsum videri debere, arg. *d. l.* 1. §. 3. *de verb. oblig.* neque obstat *auth. si quando C. de const. pecun.* ubi Justinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta, quia ita dicit, *Satisfiet tibi*. Nam in

in conſtituto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba iſta referantur. Alciat. 2. *parerg.* 18. Don *in l.* 5. §. 1. *num.* 4. *& ſeq. de verb. oblig.*

TEXTUS.

De his, qui ſunt, vel habent in poteſtate.

6. *Item inutilis eſt ſtipulatio, ſi vel alio ſtipularis, qui tuo juri ſubjectus eſt, vel ſi is a te ſtipulatur. Sed ſervus quidem non ſolum domino ſuo obligari non poteſt, ſed ne quidem ulli alii: filii vero familiarum aliis obligari poſſunt.*

NOTÆ.

6. *Vel ab eo, qui tuo juri*) Ratio eſt, quia nemo ſibi ipſi obligari poteſt, *l.* 11. *de leg.* 1. aut ſecum ipſe agere, *l.* 16. *de furt.* Dominus autem & ſervus, pater & filius in iis, quæ juris ſunt, & domino ac patri acquiri poſſunt, vice unius perſonæ funguntur, §. 4. *ſup. eod.* fac. *l.* 7. *de oblig. & act. l.* 4. *de jud.* Utique tamen naturalis ſaltem obligatio in propoſito naſcitur, §. 1. *tit. prox. l.* 38. *de cond. ind.*

Filiifam. aliis obligari poſſunt) Servi naturaliter tantum ex contractibus obligantur, *l.* 14. *l.* 43. *de oblig. & act.* quia quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur, *l.* 32. *de reg. jur.* πᾶς δοῦλος ἄκρος ἀμπτωτία πολιτείας, Liban. *dec.* 16. At filiifam. extra patrem & cauſam mutui etiam civiliter, ut reliqui cives, *l.* 59. *de oblig. & act. l.* 57. *de jud. l. ult.* §. 2. *de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

QUI ſtipulatur ab eo, quem in poteſtate habet, cujuſve ipſe eſt in poteſtate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod ſuperius diximus ſub §. 4. *hoc tit.* quod dominus & ſervus, pater & filius in iis, quæ juris ſunt, & domino ac patri acquiri poſſunt, eadem perſona cenſetur. Nemo enim ſibi ipſi obligari poteſt, *l.* 11. *de legat.* 1. *l. hæres* 21. §. §. 3. *de fidejuſſ.* Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, ſive dominus a ſervo, ſive pater a filio ſtipuletur, obligationem naturalem naſci, argumento eſt, quod fidejuſſor acceptus tenetur, §. 1. *tit. ſeq. l. ſi quis* 56. §. 1. *de fidej.* Sed ſi ſervus a domino, filius a patre ſtipulatur, placet nec fidejuſſorem acceptum teneri, *l. l. ſi quis* 56. §. *ult.* Et an igitur hoc poſteriore caſu ne naturalis quidem obligatio naſcitur? Omnino, *l quod dominus* 64. *de cond. ind.* ſed hic fidejuſſor acceptus ideo non tenetur, quia ſi qua hic eſſet fidejuſſoris obligatio: ea acquireretur domino aut patri.

Tuo juri ſubjectus) Igitur a ſenſu contrario pater a filio emancipato, aut filius emancipatus a patre ſi ſtipuletur, utilis eſt ſtipulatio. Idemque probandum eſt, ſi ſtipulatio ad bona filii caſtrenſia pertineat: quippe cum in his filiusfamil. vice patrisfam. fungatur, *l.* 2. *de SC. Mac. l.* 4. *de jud.* Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet? *argum. Novella* 117. *cap.* 1. & hodie ſimpliciter, quoniam *ſcil.* illa una cum veteris patriæ poteſtatis effectu exolevit

Filii vero familiarum aliis obligari poſſunt) Inter ſervum & filiumfam. hoc intereſt, quod ſervus non tantum domino, ſed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari poteſt, *l ſervi* 14. *de obl. & act.* Filius autem familias extra partem & cauſam mutui tamquam patremf. omnibus aliis obligatur, *filiusfamil.* 39. *eod tit.* Vid. *inf. quod cum eo, qui in alien. poteſt.*

TEXTUS.

De muto & ſurdo.

7. *Muto neque ſtipulari, neque promittere poſſe, palam eſt: quod & in ſurdo receptum eſt, quia & is, qui ſtipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba ſtipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudivit, ſed de eo, qui omnino non audivit.*

COMMENTARIUS.

CUM ſtipulatio confici non poſſit, niſi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum reſpondente, palam eſt neque mutum neque ſurdum ad verborum obligationem pertinere: non mutum, quia loqui non poteſt: non ſurdum, quia verba ſtipulantis audire, & proinde ad interrogata reſpondere nequit. Non enim ſufficit ad hanc obligationem conſtituendam, per litteras aut interrogari aut reſpondere, ſed verba utrinque intervenire & lingua nuncupari neceſſe eſt, *l.* 1. *princ. de verb. obl. l.* 1. §. *pen. & ult. de obl. & act.* Enimvero quod mutus & ſurdus per ſe facere non poſſunt, ut aut ſtipulando ſibi acquirant, aut promittendo obligentur, id efficere poſſunt per ſervum, ſi quid eorum illum facere jubeant, *d. l.* 1. *in princ. de verb. obl.* Etenim quod ſervus ſtipulatur, id domino volenti recte acquirit, cui etiam nullo ejus juſſu præcedente acquireret, atque adeo invito, §. *item vobis*, 3. *ſup. per quas perſ.* Si quid juſſu domini promittat, placet dominum obligari quod juſſit, *d. l.* 1. *in fin. pr. verb. obl. l.* 1. *quod juſſ.* §. 1. *inf. quod cum eo, qui in al. poteſt.* At quomodo jubebunt? nutu, per nuntium, per epiſtolam. Qui ſurdus tantum eſt, etiam verbis jubere poteſt.

Qui omnino non audit) Scribit tamen alibi Juſtinianus, neminem tam ſurdum eſſe quin audiat, ſi quis ſupra cerebrum ejus loquatur, l. *diſcretis*, 10. *Cod. qui teſt. fac.* Ego autem puto, commentum hoc eſſe, ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmant, fieri poſſe, ut is, qui ſurdus natus eſt, articulatam vocem edat. Vid. Plin. *lib.* 10. *nat. hiſt. cap.* 69. VINN. Prius non Juſtinianus, ſed Celſus dixit, forte ex philoſophi alicujus veteris traditione quales traditiones de rebus naturalibus ſæpe fallunt. Experimento quodam rem firmare voluit Caſp. Schort. *Schol. Steganogr. Claſſ.* 8. *cap.* 17. *Annot.* 2. *pag.* 339. ſed fides ſit penes auctorem. Magis certum eſt ſurdum a nativitate articulatam vocem edere poſſe. Attem hic ſuperare naturæ vitium exemplis pluribus mihi conſtat. Conf. Præceptoris τῦ μακαρίτυ Sam. Strikii *de Jure ſenſ. Diſs.* 4. *cap.* 1. §. 21. *pag.* 323. HEIN.

TEXTUS.

De furioſo.

8 *Furioſus nullum negotium gerere poteſt, quia non intelligit, quod agit.*

COM-

COMMENTARIUS.

VErbis fieri ſtipulatio dicitur, non quod ſine conſenſu ſolis verbis fiat, ſed quod ſine verbis non fiat ſolo conſenſu. Semper enim illud manere debet, nullam obligationem, quæ quidem ex contractu ſit, ſine conſenſu conſtitui, *l. 1. § conventionis, 3. de pact.* Proinde quicumque animum habent voluntatis & judicii expertum, hi non magis ex ſtipulatu, quam ex quovis alio contractu obligari poſſunt. In hoc genere ſunt furioſi, mente capti, prodigi, infantes. Furioſum nullum negotium contrahere aut gerere poſſe, natura manifeſtum eſt, *l. 1. §. furioſus., 12. de obl. act. l. ſi a reo, 70. §. 4. de fidejuſſ. l. 5. de reg. jur.* Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, *d. l. 4. de reg. jur.* Prius enim eſt ut quid agi aut geri intelligatur, quam ut curator dici poſſit, quod agitur, aut regitur, probare. De furioſo quod dicitur, id intelligendum eſt etiam ad mente captum pertinere, qui furore non corripitur, quoniam non alia ratione in furioſo locum habet, quam quia mente caret, ſive ut hic ſcriptum eſt, *quia non intelligit quod agit*. In eadem cauſa cum furioſo eſt & prodigus, ſeu is, cui bonis interdictum eſt, verum cum de eo obligando agitur dumtaxat. In acquirendo enim diſſimilitudo eſt. Quippe furioſus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem ſibi acquirat, *d. l. 1. §. 12. de oblig. & act.* At prodigus ſtipulando aut aliter contrahendo ſibi acquirere poteſt, licet promittendo non obligetur non magis quam furioſus, *l. 6. de verb. obl.* neque alio pertinet comparatio furioſi aut prodigi in *furioſi 40 de reg. jur.* Obiter hic illud admonendi ſumus, quod furioſus geſſit in intermiſſione furoris, ratum haberi, neque ullum negotium antea recte geſtum furore poſtea interveniente perimi, *§. 1. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt. l. 9. C. qui teſt. fac.* & ibi DD.

TEXTUS.

De impubere.

9. Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut ubi tutoris auctoritas neceſſaria ſit, adhibeatur tutor, veluti ſi ipſe obligetur, nam alium ſibi obligare etiam ſine tutoris auctoritate poteſt. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum eſt, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans & qui infantiæ proximus eſt, non multum a furioſo diſtant, quia hujuſmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta eſt ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in poteſtate parentis eſt impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

NOTÆ.

Infans) Infantem dicimus uſque ad annum ſeptimum, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. C. de jur.* qua ætate plane abſolvitur integritas loquendi. Macrob. 1. *in Somn. Scip. 6.*

Infantiæ proximus) Qui ſeptennium egreſſus adhuc conſiſtit intra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium.

Ne auctore quidem patre) *leg. ult. §. 2. de verb. oblig.* ſicut nec ex contrario auctore patre ſibi acquirere poteſt. Pupilli alia ratio, cujus e re eſt, ſaltem tutore auctore obligari poſſe, cum ipſe viciſſim ſibi alios obligat.

COMMENTARIUS.

1 *Gradus ætatis pupillaris & quamdiu quis infans habeatur?*
2 *Proximus infantiæ quis dicatur, & quando ita appellari deſinat, vocarique incipiat pubertati proximus.*
3 *Iterum de infante & infantiæ proximo.*
4 *De proximis pubertati: & an non ſaltem naturaliter ſine tutoris auctoritate obligentur?*
5 *De obligatione puberum minorum 25. annis.*
6 *Cur placeat, impuberem ne patre quidem auctore obligari?*

PUpillus omnia tutore auctore recte agit, quædam etiam ſine eo. Tutore auctore, tam ſe aliis, quam alios ſibi obligare poteſt: ſine tutoris auctoritate ſe quidem aliis non obligat, ſed alios ſibi, & in univerſum conditionem ſuam meliorem facere poteſt etiam ſine tutoris auctoritate, *l. 9. de auct. tut.* quâ de re dictum *lib. 1. tit. de auct. tut.* Cæterum quod ita generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes ſeu cujuslibet ætatis; verum ad eos tantum, qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis ſint, poſtea intelligetur. Ætatis pupillaris tres ſunt partes ſive gradus (1) Eſt infans: Eſt infantiæ proximus; eſt proximus pubertati. *Infans* dicitur, quaſi fandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non poteſt; ſicut ex converſo per eum, qui fari poteſt, ſignificatur infante major, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. ſervo, 65. §. pen. ad SC. Treb. l. 1. §. huic proximus, 13. de obl. & act. l. mulier, 70. de oblig. l. 6. rem pupill. ſalv. for. l. 5. de jur.* At enim vero ſciendum eſt, jure noſtro infantiam non uſu & naturali facultate loquendi, ſed ætate æſtimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor eſt ſeptem annis, *l. infanti, 18. C. de jur. delib. dict. leg. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de ſponſ.* Etſi enim qui ſeptem annos nondum natus eſt, natura fari poteſt, tamen jure id facere non poſſe exiſtimatur; quoniam quid loquatur non intelligit. (2) Proximus infantiæ dicitur, qui ſeptennium nuper ſuperavit, ἑπτατὴς, ſeptennis Macrobius 1. *in Somn. Scip. c. 6. Anno ſeptimo plene abſolvitur integritas loquendi.* Quando autem hoc nomine pupillus appellari deſinat, & vocari incipiat pubertati proximus, non eſt ſatis exploratum: tum quia id jure expreſſe definitum non reperitur; tum quia in eo definiendo mire variant Interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantiæ faciunt annum duodecimum completum, Pet. Fab. *ad d. l. 5. de reg. jur.* Rævard. *ad l. pupillium* 111. *cod.* Alii annum decimum tertium. Hotom. *hic.* Robert. 2. *recept. lect. 17.* Quibuſdam pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium, vel decimumquartum annum attigit. Cujacio, cui ad pubertatem ſemeſtre deeſt, *17. obſerv. 4.* Accurſius ad hunc locum & in *leg. 1. de novat.* cenſet, totum reliquum tempus, quod infantiam ſequitur uſque ad pubertatem, dividendum eſſe in duas partes æquales, ut qui conſiſtat intra priorem, hic ſit infantiæ proximus: qui hanc egreſſus, conſiſtat intra poſteriorem, is dicatur proximus pubertati: quia revera huic ſit proximior, quam infantiæ. Itaque pupillum proximum infantiæ eum haberi, qui ſeptem annis

major consistat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui excessit, esse proximum pubertati. Pupillam autem infantiæ proximam eam esse, quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem excessit, esse pubertati proximam. Idem censet Burt. & Castr. *in d. l. 1. de novat.* communemque hanc esse sententiam testantur Decius *ad d. l. pupillum 111. de regul. jur.* Vigl. *in §. testes, 6. sup. de test. ord.* Gomez. *5. resol. 1. num. 57.* Scheneid. *ad princ. sup. de auct. tut. num. 13. & seq.* Sunt denique, qui judicis potestati & arbitrio hoc committendum existimant, ut is non tam ex ætate, quam captu & astutia impuberes æstimet, qua ætate vel infantiæ vel pubertati proximus sit habendus, ut & alias fieri consuevit in iis, quæ certo jure definita non sunt *leg. 1. §. alt. de jur. delib.* in qua sententia jam olim fuit Joann. Fab. *hic*, & Salic. *ad l. 7. C. de peu.* eamque probant Dec. Vigil. *citatis loc.* Coras. *6. misc. 23.* Covar. *de matr. 2. p. c. 5. n. 7.* Menoch. *2. arbitr. cap. 57. n. 20. & seq.* Gædd. *de contr. stip. cap. 7. n. 185 & seqq.* Philipp. *Mouh. ad l. fere 118. n. 39. & seq. de reg. jur.* In hac autem varietate propius a vero abesse videtur opinio communis: quam etiam Gomez. *ubi sup.* in judicando & consulendo sequendam censet. Et vero cum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, in duas ætates divisum sit, in eam, quæ proxima est infantiæ, & quæ proxima pubertati, quarum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipso & illa terminus ad quem, & in hac terminus a quo satis jure definitur, nimirum justa temporis illius medietas.

(3) *Infans & infantiæ proximus non multo a furioso*) Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum a furioso distat, ut qui non magis intelliget, quod agitur, aut affectum acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis, quam juris est, supplearur auctoritate tutoris, *l. 1. §. 3. l. quamvis, 32. §. ult. de acquir. possess. leg. 3. Cod. eod.* Don. *5. comm. 11.* Quod de infante, idem etiam de infantiæ proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: in *leg. 9. de acquir. hæred.* dicitur, nihil scire aut discernere: alibi non intelligere, quod agitur, *leg. 1. §. hinc proximus, 13. de oblig. & act. l. 6. rem pup. solv.* actum rei non intelligere, *l. 5. de reg. jur.* Cæterum cum & hic & iisdem illis locis proditum sit, eum, qui infantiæ proximus est, & stipulari, & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere posse, quam qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda est, quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, quod agitur, hic non omnino. Nam si nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major, idemque infantiæ proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritate tutoris incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Jurisconsulti, *l. 14. de sponsal. l. 1. §. furiosus, 3. de acq. poss. l. quamvis, 32. §. ult. eod. tit.*

Idem juris, quod pubertati proximi) Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere possint, *l. 5. de reg. jur.* Quod cum illis benigniter præstitum dicatur, *l. 1. §. hinc proximus 13. de obl. & act. l. 9. de acq. hær. & hoc text.* sciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est pubertati proximus, *l. pupillum, 111. de reg. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de sepulc. viol. l. impuberem, 23. de furt. l. 13. §. 1. de del. mal.* Gomez. *3. resol. 1. n. 57.* & cum infantiæ proximus, cum remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso tamquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cum quæritur, an non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate inito naturaliter obligetur. De quæstione quid habendum sit videamus. Et posito eo, quod pupillus, qui pubertati proximus est, jam intelligere, quod agitur, velle & consentire natura potest, neminem dubitare oportet, quin ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis sit actum rei intelligere, ac proinde consentire posse, satis probant hic textus & supra citati loci, in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur a proximo pubertati, quod jure non intelligat quod agitur, hic intelligat: ille doli expers sit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Justinianus pronuntiat, nullum esse eorum animi judicium *§. 1. sup. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte etiam dicitur de pubertati proximis, sed in re, de qua ibi agitur, dispositione testamentaria, in qua merito majus & solidius judicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper adulto proximum,) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in *leg. cum illud, 25. §. 1. quando dies l. si pupillus 21. ad leg. Falc. l. Stichum, 95. §. 2. de solut.* Ideraque & affecta huic obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur, *leg. si pupillus, 127. de verb. oblig.* quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in se suscipiente, noverur, *l. 1. in fin. de novat.* Ex quo corruit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex contractu obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex promissione sua, aut susceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Deinde si ex gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locupletior factus sit pupillus, non naturaliter tantum, sed etiam civiliter obligatur ex constitutione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locupletior factus est, detur, *l. 3. §. pupillus 4. de neg. gest. l. 5. princ. & §. 1. de auct. tut.* de quo casu non potest intelligi *dict. l. 127. de verb. oblig.* ubi vid. Don. *n. 11.* Quod vero id, quod pupillus ita debet, compensari aut solutum retineri non potest, non eam rationem habet, quod nulla vere hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat. Plane quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventione nascitur, potissimum cernitur in jure compensandi & soluti retinendi, *l. 6. de compens. l. naturales, 10. de oblig. & act.* in persona autem pupilli obligatio eundem effectum non habet: inde fit, ut de pupillo sine tutoris auctoritate contrahente,

sic aliquando loquantur Jurisconsulti, tamquam ne natura quidem isto modo obligaretur, *l. quod pupillus*, 41. *de cond. ind. l. pupillus*, 59. *de oblig. & act.* habita, inquam, ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est; quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset: alioqui ne accessiones quidem admitteret, aliisve prodesse aut nocere posset. Si quis adhuc scrupulus hæret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione disputamus *sup. ad rubr. de oblig. & tract. de pact. cap.* 14. Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione sua obligantur, ita ut captis necessaria sit in integrum restitutio. Enimvero si curatorem acceperint, consensum ejus adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur, *l.* 3. *Cod. de in int. rest. min.* cui e diametro obstare videtur *l. puberes*, 105. *de verb. oblig.* nisi dicamus, verbum *suis* in *d. l.* generalem tantum respectum curatorum & adultorum, tamquam correlatorum, exprimere. Modestinus haud dubie Græce sic scripsit, ἐφήβοις οἱ οἶδε κυριεύουσι, &c. Quod autem quidam eum locum restringunt ad sponsalia aut nuptias, oppido quam ineptum est. DD. *in d. l.* 3. *& in d. l.* 101 mire variant in horum locorum conciliatione, Vid *d. c.* 14. *de pact.* ubi *n.* 16. probo sententiam Tim. Fabri *anniv. disp.* 9. verba *d. l.* 101. *puberes sine curatoribus suis*, &c. sic interpretantis, absentibus curatoribus suis puberes alibi versantes sine curatoribus, quos habent, &c. non utique sine eorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse, & statim auctor fieri debeat, *leg.* 9. *§. pen. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam qui præsens non fuit, sufficiat. VINN. Acuta hæc, sed parum solida. Modestinum hæc græce scripsisse, æque incertum est, ac quod scripserit, εἰ ἄλλο κυριεύουσι. Nec principiis juris satis convenit commentum Timæi Fabri, quia sic minor facile posset curatori suo illudere, & quascumque contrahere obligationes, modo eo absente promitteret. Verissimum itaque est, pupillum sine tutore naturaliter quidem, sed non civiliter: minorem sine curatore & naturaliter & civiliter obligari, ejusque rei consultissimam hanc esse rationem, quod tutor personæ, curator rebus datur. Unde & minor restituitur, nisi in rebus suis detrimenti quidquam passus sit. Luculenter hanc minorum obligationem præter *l.* 101. *ff. de verb. oblig. probat l.* 43. *ff. de verb. obl.* Adde quod & jusjurandum deferre potest, *l.* 9. *§.* 4. *ff. de jurej.* & ex confessione sua tenetur, *l.* 6. *§. pen. de confess.* Eleganter & solide hæc demonstravit vir amplissimus Zach. Hub. *diss. de obligatione puberum*, ubi & *leg.* 3. *Cod. de in integr. restit.* his principiis non adversari docet, c. 7. HEIN.

Ne auctore quidem patre obligatur). Absurdum videri potest, quod hic Justinianus & Jurisconsultus in *l. ult. §.* 2. *de verb. obl.* tradunt impuberem filiumfamil. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cum pupillus, ex quo fari posse cœperit, obligetur auctore tutore. Sed sciendum, tutoris, & patris, pupilli & impuberis, qui in potestate est, dissimilem esse rationem. Pupillus non tutori, sed sibi acquirit, placetque eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo alios sibi obligare, quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipse invicem saltem tutore auctore obligari possit: cum alioqui nemo facile cum eo contracturus sit. At qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit, non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde numquam e re impuberis in potestate constituti esse possit, vicissim obligari. Ideoque cum pater auctor esse non possit, ut filius sibi acquirat, placet nec auctorem esse posse, ut filius obligetur. Quod si patri videbitur e re sua esse obligari, ipse promittat. Plane cum pater, non ut pater, sed ut legitimus administrator bonorum filii adventitiorum consideratur, auctoritatem filio impuberi accommodare potest, *l. si infanti*, 18. *in fin. Cod. de jur. delib. l. ult. §. sin autem*, 4. *in fin. Cod. de bon. quæ lib.* &c. Et ita utimur.

TEXTUS.

De Conditione impossibili.

10. *Si impossibilis conditio stipulationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat veluti si quis ita dixerit*; Si digito cœlum attigero, dare spondes? *At si ita stipuletur*: Si digito cœlum non attigero, dare spondes? *pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest.*

NOTÆ.

10. *Cui natura impedimento*) Huic similis est quæ legibus ac bonis moribus contraria, *l.* 15. *de cond. inst. l.* 26. *& seqq. de verb. obl.*

Si digito cœlum non attigero) Hæc stipulatio non continet conditionem impossibilem; sed ἀναγκαῖόν τι. Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria. Aristot. περὶ ἑρμ. cap. pen. Consentiunt JCti, *l.* 7. & 8. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cujus affirmatio impossibilis, ejus negatio necessaria.*

EX defectu causæ efficientis seu consensus contrahentium est, quod hic docemur, stipulationem nullius momenti esse, quæ concepta est sub conditione impossibili: nam qui sub conditione quod promittit, is se obligari non vult prius quam conditio exiterit: unde fit, ut si defecerit conditio, constetque jam amplius eam existere non posse, nihil actum aut promissum videatur. Idem ergo & maxime evenire necesse est, cum stipulatio facta est sub conditione impossibili: quippe quam jam nunc statim certum est defecisse, cum natura existere non possit. Neque hoc solum in stipulationibus, *leg.* 1. *§. item*, 11. *de obl. & act. leg.* 7. *si stipuler*, 35. *de verb. oblig.* sed in cæteris quoque conventionibus locum habet: siquidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciscentium spectanda, qui procul dubio nihil agi existimant, cum conventioni apponitur ea conditio, quam sciant esse impossibilem, *leg. non solum*, 31. *de oblig. & action.* Aliud juris est in ultimis voluntatibus; quarum favore impossibilis conditio sub colore mendi detrahi-

tur,

tur, & pro non ſcripta habetur, *l.1. de cond. inſt.* Vid. *ſupr.* §. *impoſſibilis*, 20. *de hær. inſt.*

Cui natura impedimento eſt) Impoſſibilis conditio proprie eſt, quæ in eum caſum confertur, cujus eventus natura prohibetur. Cæterum & eam non inepte impoſſibilem dixeris, quæ turpis eſt & legibus ac bonis moribus contraria: quoniam nec illud fieri poſſe credendum eſt, quod leges & boni mores fieri prohibent, *l. filius*, 15, *de cond. inſt.* & ſub tali quoque conditione facta ſtipulatio æque nullius momenti eſt, *l. generaliter*, 25. *cum ſeq. l. ſi ſtipuler*, 35. §.1. *l. ſtipulatio*, 61. *l. continuus*, 137. §. *cum quis*, 6. *de verb. obl.* De turpi ſtipulatione ſeparatim agitur inferius, §. *quod turpi*, 26. *h. t.*

Si digito cælum non attigero) Impoſſibilitas conditionis non ex re, quæ in ea eſt, ſed ex eo quod de ea re fieri debet, æſtimanda eſt. Nam quod fieri debet, ſi per rerum naturam fieri non poteſt, conditionem habet impoſſibilem: ſin poteſt, poſſibilem: quod ſi etiam fieri non poteſt, quin eveniat, neceſſariam. Itaque hæc ſtipulatio; *Si digito cælum non attigero, dare ſpondes?* non continet conditionem impoſſibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito cælum tetigero*, ſed neceſſariam, & quam certum eſt exituram eſſe. Thom. *in 4. diſt.* 29. *art.* 3. *qu.* 3. (1) Nam cujus affirmatio eſt impoſſibilis, ejus negatio eſt neceſſaria, ex regula Dialecticorum. Ariſtot. *de interp. cap. pen.* Ex quo porro intelligitur ſola verborum figura hujuſmodi ſtipulationes conditionales eſſe, revera non eſſe, ſed puras, *l.* 9. §. 1. *de nov.* ubi Juriſconſultus ſcribit, eum, qui ſub conditione ſtipulatur, quæ omnino extitura eſt, pure ſtipulari videri. Et vero abſurdum eſſet, aut ſuſpendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipſo revera jam extitit, quod non poteſt non exiſtere. Recte igitur hic ait Juſtinianus, ſi talis conditio inferatur ſtipulationi. *Si digito cælum non attigero*, pure contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi poſſe. Conſentiunt Juriſconſulti in *l.* 7. & *leg.* 8. *de verb. obl.*

TEXTUS.

De abſentia.

11. *Item verborum obligatio inter abſentes concepta inutilis eſt. Sed cum hoc materiam litium contentioſis hominibus præſtabat, forte poſt tempus tales allegationes apponentibus, & non præſentes fuiſſe vel ſe vel adverſarios ſuos contendentibus: ideo noſtra conſtitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta eſt, quam ad Cæſarienſes advocatos ſcripſimus: per quam diſpoſuemus tales ſcripturas, quæ præſto eſſe partes indicant, omnino eſſe credendas, niſi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifeſtiſſimis probationibus, vel per ſcripturam, vel per teſtes idoneos, approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur inſtrumentum, ſeſe vel adverſarium ſuum in aliis locis fuiſſe.*

NOTÆ.

11. *Toto eo die*, &c.) Igitur quod dicitur, factum negantis per rerum naturam probationem nullam eſſe, *l.* 23. *C. d. t.* non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumſcriptum eſt, cujus negatio per indirectum probari poteſt, *d. l.* 14. *Cod. de contr. ſtip.* Quintil. *l.* 5. *c.* 6. & 7. Ariſt. *Rhet. ad Alex. c.* 14.

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur l. 57. de don. int. vir. & ux.*
2 *Summa conſt. in l. 14. C. de contr. ſtip.*
3 *Probatio negativa arctata loco & tempore.*

Inter abſentes concepta inutilis eſt) Si ſtipulatio confici non poteſt, ut aliquoties dictum eſt, niſi utroque loquente & altero alterum audiente, perſpicuum eſt, abſentem non magis, quam mutum aut ſurdum ſtipulationem contrahere poſſe, *l.1. pr. de verb. obl. l.3. C. h.t.* (1). Non adverſatur Paulus in *l. ea quæ*, 57. *de don. int. vir. & uxor.* ubi profert epiſtolam, qua continetur ſponſio abſenti viro ab uxore abſente miſſa: intelligi enim debet ſtipulationem antea inter præſentes conjuges interpoſitam fuiſſe, ut eſt lex & conditio ſtipulationis, cujus inter præſentes interpoſitæ cautio litteris illis uxoris contineatur. Abſentes varie pro loco dicuntur: hic ſunt qui invicem audire non poſſunt, *d. l.1. de verb. oblig.*

Propter celeritatem dirimendarum litium) Cum ex eo quod non niſi inter præſentes ſtipulatio fieri poteſt, occaſionem litis caperent homines contentioſi, objiciendo, ſe, vel adverſarium ſuum, quo die ſtipulatio celebrata dicitur, abſentes fuiſſe, nec ſatis expeditum eſſet, actorne ſtipulationem factam eſſe affirmans, partium præſentiam, an reus factam negans, ſuam vel adverſarii abſentiam probare deberet, Juſtinianus hujuſmodi litium materiam conſtitutione ſua amputavit, quæ extat in *l. optimam*, 14. *de contr. ſtip.* (2) Voluit fidem haberi ſcripturæ, idoneæ nempe ad probandum, qua continetur partes præſentes fuiſſe, niſi qui contradicit: manifeſto oſtendat per ſcripturam vel teſtes omni exceptione majores, ſe vel adverſarium toto eo die alibi fuiſſe, vel quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egiſſe, ut illo tempore in loco, quo inſtrumentum confectum dicitur, eſſe non potuerit. Itaque in hoc quidem utile eſt, locum & diem inſtrumento inſeri. Debet vero illa probatio, ſive per inſtrumentum ſive per teſtes fiat, aliquanto potentior eſſe ſcriptura ex adverſo prolata, ut judici fidem faciat: per *l. precibus*, 18. *C. de prob.* DD. ad *leg. optimam* 14. *Cod. de contr. ſtip.*

Scripturas tales eſſe credendas) Id eſt, veras eſſe præſumendum. Quæ tamen præſumptio non eſt juris; & de jure, ut loquuntur, cum adverſus eam admittatur contraria probatio; ſeu juris tantum. Atque hanc pro inſtrumento præſumptionem Interpretes appellant præſumptionem veritatis, eo quod verum eſſe præſumitur & creditur, quod in inſtrumento ſcriptum eſt, donec contrarium probetur. Eſt enim pro inſtrumento, & alia præſumptio, quæ dicitur ſolemnitatis. De qua *inf.* §. *ſi ſcriptum*, 16.

(3) *Toto eo die, quo conficiebatur inſtrumentum*) Facti, quod tempore & loco circumſcribitur, negatio probari poteſt; velut ſi, quod me Lugduni promiſiſſe, aut mihi numeratum fuiſſe dicitur Calendis Januariis, id me promiſiſſe aut mihi numeratum eſſe negem, quid eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam eſſe, *leg. actor*, 23. *Cod. de prob. l.* 10. *Cod. de non n. pec.* Id verum eſt, quatenus ſolum negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod ſi quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per neceſſariam conſequen-

quentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur; quamquam ne sic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat tantum. DD. *in d. leg. act. 23. Cod. de prob.* Duar. *cap. 4. de probat. in post. comment.* Donell. *cap. 4. de probat.* Quintill. *lib. 5. cap. 6. & 7.*

TEXTUS.

De stipulatione post mortem, vel pridie quam alter contrahentium moriatur.

12. *Post mortem suam dare sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus, a quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur:* Pridie quam morieris dare spondes? *inutilis erit stipulatio. Sed cum, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat.*

COMMENTARIUS.

2. *Cur stipulationes hic propositæ olim pro inutilibus habitæ?*
2 *Qua ratione motus Justinianus jus vetus mutarit?*

(1) OLim nemo stipulari poterat post mortem vel suam vel promissoris sibi dari: cujus rei hæc una & vera ratio est, quod ita jus erat, ut obligationes & actiones, quæ non cœperant a defuncto vel contra defunctum, a persona hæredis vel contra eum non inciperent: quasi in his nec defunctum repræsentaret. Eamdemque ob causam etiam post mortem hæredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. *post mort. 35. supr. de legat.* Excentio hujus regulæ videtur in mandato post mortem, *l. 12. in fin. cum l. seq. mand.*

Pridie quam moriar) Puraverunt veteres hanc stipulationem, *Pridie quam moriar*, aut *Pridie quam morieris dabis?* incidere in speciem præcedentem, cum quis post mortem aut suam aut promissoris stipulatur, propterea quod illud pridie certo sciri ac definiri non potest, nisi post reorum mortem. Qua de causa hujusmodi quoque legatum: *Pridie quam hæres aut legatarius morietur*, inutile esse censebant, *dict. §. post mortem. 35. supr. de legat.*

Placuit nobis, in hunc juris articulum) Justinianus scrupulosam hanc juris veteris subtilitatem sustulit constitutione sua, quæ extat in *l. scrupulosam, 11. Cod. de contr. stip.* ut jam & stipulatio in tempus, post mortem, aut in, aut ante diem mortis tam stipulatoris, quam promissoris, concepta valeat, & post mortem hæredis vel legatarii, aut pridie quam morientur, liceat legare. Idem alia constitutione in universum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque, obligationes & actiones etiam ab hæredibus & contra hæredes incipere posse, *l. unic C. ut act. ab hær.* (2) In hujus juris mutatione ait, se respexisse non ad conceptionem verborum, sed ad sententiam & mentem contrahentium, quasi qui stipuletur, post mortem suam sibi dari, non debeat existimari tam stultus, ut sibi ipsi in id tempus stipuletur, sed hoc perinde sit accipiendum, ac si post mortem suam stipulatus esset hæredi suo, in cujus persona quodammodo adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt, stipulationem pactam in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris, veteribus ipso genere habitam fuisse pro impossibili, eo quod nec dare mortuus nec accipere possit. Sed hæc ratio efficitur, ut & hæc quoque stipulatio, *cum morior*, vel *cum morieris, dabis?* apud veteres inutilis fuerit, contra §. *ita autem, 14. infr. eodem*, & tale legatum; *Hæres meus post mortem suam Titio centum dato*, utile, arg. eorum, quæ notavimus ad §. *loca, 5. supr. de verb. oblig. & ad §. impossibilis, 10. supr. de hæred. instit.*

TEXTUS.

De stipulatione præposterа.

13. *Item si quis ita stipulatus erat, si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? inutilis erat stipulatio, quia præposterа concepta est. Sed cum Leo inclytæ recordationis in dotibus eamdem stipulationem, quæ præposterа nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

COMMENTARIUS.

STipulationes hoc modo aut simili conceptæ: *Si navis cras venerit, hodie dari spondes?* præposteræ dictæ sunt, quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis, quod ἐπὶ πρότερον cum in omni stipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, §. 4. *supr. de verb. oblig.* Itaque hujusmodi conceptiones, ut futiles & manifestam contradictionem implicantes, veteribus improbatæ sunt. Unde dubitatum est de stipulatione concepta hoc modo: *Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?* num & ipsa præpostere concepta videri debeat. Sed præposteram non esse indicat particula *tum*; quæ refertur ad tempus existentis conditionis, ut tota obligatio & datio a conditione pendeat, licet retro habita ratione præteriti temporis, tunc, cum conditio extiterit, dari oporteat, *leg. hujusmodi, 64. de verb. oblig.*

Si navis cras ex Asia &c.) Ita & Theophilus, ἐὰν ἡ ναῦς αὔριον ἥκῃ ἀπὸ Ἀσίας. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clarior sit præposteratio. Pac.

Sed cum Leo inclytæ recordationis) Cum præposteræ stipulationis in dotibus a Leone admissæ essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cumque ut valeant, necesse sit, aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio: aut præsentia temporis mentionem, ut tota sit conditionalis inve diem; posteris Justiniano placuit, ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantum conceptæ essent, ac proinde exactio usque ad diei aut eo ditionis eventum differretur, *l. præposteri, 25. C. de test.*

TEXTUS.

De ſtipulatione collata in tempus mortis.

14. *Ita autem ſtipulatio concepta, veluti ſi Titius dicat*, cum moriar, dare ſpondes? *vel*, cum morieris, *& apud veteres utilis erat, & nunc valet.*

15. *Item poſt mortem alterius recte ſtipulamur.*

NOTÆ.

14. *Cum moriar, cum morieris*) Hæ formulæ ſemper probatæ fuerunt, *leg.* 45. §. 1. *& penult. de verb. obl. l.* 17. *de cond. indeb.* etiam in legatis, *l.* 1. §. 2. *leg.* 79. §. 1. *de cond. & demonſtr.* Ulpian. *tit.* 24. §. 15. ſcilicet auctores noſtri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adſcribunt, *l.* 8. §. 1. *de man. teſt.* Cujac. 5. *obſ.* 34. qua de re olim quæſitum. Gell. 6. *cap.* 13.

15. *Poſt mortem alterius*) In hac formula, *poſt mortem Titii dare ſpondes?* aperte ceſſat ratio, ob quam placebat ſtipulationem poſt mortem contrahentium concepram non valere: ideoque numquam improbata fuit.

COMMENTARIUS.

AUctores noſtri ex ſententia quorumdam Philoſophorum (vid. Gell. *lib.* 6. *cap.* 13.) momentum moriendi vitæ potius, quam morti dandum cenſuerunt, cui conſequens eſt, ut quæ in tempus poſt mortem non recte conferuntur, recte tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ, *cum moriar*, vel, *cum morieris dare ſpondes?* ſemper probatæ fuerunt, *l. quodcumque*, 44. §. 1. *& pen. de verb. obl.* uti & legatum hujuſmodi, *cum hæres morietur*, *l. hæres*, 79. §. 1. *de cond. & dem.* Ulp. *tit. de legat.* §. *poſt mortem*, 15. Neque obſtat hic regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere: nam cum momentum moriendi non morti, ſed vitæ attribuatur, obligatio & actio in caſu propoſito a defuncto aut contra eum incipere intelligitur, indeque ad hæredem tranſmitti: quemadmodum & conditiones quædam ſunt, quæ extremo vitæ momento implentur, *l. ult. de cond. inſt.* Add. quæ ſcripſimus ad §. *poſt mortem*, 35. *ſupr. de legat.* Hoc autem jure poſito, poſſe quemque ſibi ſtipulari, cum morietur, admittendum fuit, ut etiam qui in aliena poteſtate ſunt, eodem modo ſibi ſtipulari poſſint, ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erunt poteſtate, cum morientur, *leg. quodcumque*, 45. §. 1. *de verb. oblig.*

Poſt mortem alterius) Stipulatio quoque hoc modo concepta, *Poſt mortem Titii dare ſpondes?* numquam improbata fuit: nimirum quia & hic ceſſat ratio, ob quam placebat, ſtipulationes in tempus poſt mortem contrahentium conceptas non valere. Quæritur autem, quid hic futurum ſit, ſi ſtipulator ante Titium moriatur? Reſpondet D. Bachovius, ſpem debitum iri in hæredem ſtipulatoris tranſmitti, ut juris eſt in ſtipulatione conditionali, §. 4. *ſupr. de verb. obl.* Ego vero didici, diem adjectum, quem certum eſt extiturum eſſe, etſi ignoretur, quando in contractibus conditionem non facere, neque hujuſmodi ſtipulationes, *cum moriar*, *cum morieris*, *cum Titius morietur*, jure conditionalium cenſeri, ut obligationem differant: ſed eumdem effectum habere, quem habent conceptæ in diem certum, ut ſtatim etiam in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur, ſed peti tantum antequam dies veniat, non poſſit, §. 2. *ſupr. dict. tit. l.* 79. *de cond. & dem.* Itaque in propoſito dicendum eſt, non nudam ſpem debitum iri ad hæredem ſtipulatoris tranſmitti, debitum ipſum, atque obligationem, quæ ſtipulatori ſtatim quæſita fuit.

TEXTUS.

De promiſſione ſcripta in inſtrumento.

16. *Si ſcriptum in inſtrumento fuerit, promiſiſſe aliquem, perinde habetur, atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit.*

COMMENTARIUS.

PRO inſtrumento duplex præſumptio eſt: una quæ dicitur *veritatis*, propterea quod verum eſſe creditur, quod ſcriptum eſt, niſi contrarium manifeſte doceatur, §. *item*, 11. *ſupr. eod.* altera, quam appellant præſumptionem *ſolemnitatis*; quoniam ſi de re aliqua, quæ certas ſolemnitates jure deſiderat, ſcriptum ſit in inſtrumento, eam interveniſſe; etſi expreſſum non ſit, geſtam eam eſſe adhibitis iis ſolemnitatibus, quæ jure requiruntur, tamen hoc ipſum intelligitur, omniaque creduntur ſolemniter acta, *l. ſciendum*, 20. *de verb. oblig.* Veluti ſi ſcriptum ſit inſtrumento, promiſiſſe aliquem, perinde hoc haberi placet, ac ſi ſcriptum eſſet, interrogatione præcedente, reſponſum eſſe, *l. Titio*, 134. §. 2 *de verb. oblig. l.* 1. *C. de contr. ſtipul.* Paul. 5. *ſent.* 7. unde deſcriptus videtur. Item ſi ſcriptum ſit, fidejuſſiſſe aliquem, præſumitur, id factum rite atque utiliter, interpoſita ſcilicet ſtipulatione, §. *ultim. tit. ſeq.* Cæterum adverſus quoque genus præſumptionis contrariam admitti probationem verius eſt, *l. juris gentium*, 7. §. *quod ſere*, 12. *de pact.* Donell. *ad d. l. ſciendum*, 30 *de verb. oblig.*

TEXTUS.

De pluribus rebus.

17. *Quoties plures res una ſtipulatione comprehenduntur, ſi quidem promiſſor ſimpliciter reſpondeat*, Dare ſpondeo, *propter omnes tenetur. Si vero unam ex his, vel quaſdam daturum ſe ſpoponderit, obligatio in iis, pro quibus ſpoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim ſtipulationibus una vel quædam videntur eſſe perfecta: ſingulas enim res ſtipulari, & ad ſingulas reſpondere debemus.*

NOTÆ.

17. *Propter omnes tenetur*) Sive univerſæ verbo collectivo in ſtipulatum deductæ ſint, veluti, *Quadrigam illam dare ſpondes?* ſive nominatim ſingulæ veluti, *Stichum*, *Pamphilum*, & *Erotem dabis?* ubi tot ſtipulationes ſunt, quot ſpecies. Ratio eſt, quia indefinita reſponſio pro univerſali valet, §. 5. *ſupr.* add. *leg.* 29. *l.* 86 *de verb. obl. l.* 32. *de evict.*

Pro quibus ſpoponderit) *l.* 83. §. 4. *de verb. obl.* Aliud eſt, ſi quis ſtipulante me Stichum aut Pamphilum disjunctim, unum ſe daturum reſpondeat, *d. l.* 83. §. 2. quia ille ſimilis eſt ei, qui ſtipulanti ſub conditione pure promittit, mutata forma interrogationis, vid. *ſup.* 5.

Et

Et ad singulas respondere) Quarum scil. præstatione adstringi volumus; neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

COMMENTARIUS.

1 *Cur, cum plures res nominatim in stipulatum deducuntur, dubitatum, an promissor simpliciter respondendo in omnes teneatur?*
2 *Interesse, utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ.*
3 *Hotomanni emendatio improbata.*

RES plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur; vel nominatim, ut verbis stipulationis singulæ exprimantur, veluti, *Stichum & Pamphilum daresponde?* *Decem & quindecim dabis?* *Servum fugitivum non esse, erroneum non esse spondes?* vel collectim, ut verbo uno generali sive communi res plures significentur, ut *Summam illam*, aut *Acervum illum pecuniæ dabis?* *Quadrigam*, aut *Familiam*, aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur esse stipulationes, videlicet, quot sunt summæ aut res in stipulatum deductæ, hic ut una conceptio, ita quoque stipulatio una, *ler. scire*, 29. *leg. quod dicitur*, 86. *de verb. oblig. leg. quia dicitur*, 32. *de evict.* Excipe speciem *leg. Titia*, 134. §. *ult. de verb. oblig.* De posteriore specie nullum dubium est, quin promissore simpliciter respondente, *Dabo*, obligatio recte constituta sit. (1) De priore autem dubitari poterat, an una simplex & indefinita responsio promissorem in rem omnes, quæ expressæ sunt, obligaret: quoniam cum, uti dictum est, plures hic intelliguntur esse interrogationes, plures quoque responsiones ad perficiendam stipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hic responsionem sufficere: quippe simpliciter respondendo, *Dabo*, ita promissorem respondere videri, ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, §. *præterea*, 5. *supr. eodem*. Itaque intelligendum est, etiam in una illa responsione plures esse responsiones. Extat apud Livium *lib.* 1. *cap.* 38. deditionis Collatinorum hæc formula: *Deditisne vos populum Collatium, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.*

In iis pro quibus responderit) Nam ubi plures sunt stipulationes, illæ censentur perfectæ, ad quas responsum est: verbi causa, si ego stipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his spoponderis, teneris in hoc unum: quia ad unam ex duabus stipulationibus videris respondisse, *l. inter*, 83. §. 4. *de verb. oblig.* (2) Diversa causa est rerum plurium disjunctim in stipulationem deductarum; veluti si stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum spoponderis, hic enim, quia mutata qualitate stipulationis respondes, pure promittens quod sub conditione stipulatus sum, vitiatur tota obligatio, *d. l. inter*, 83. §. 2. junct. *l.* 1. §. 3. *eod.* In pluribus tamen summis hoc quod minus est sponderi intelligitur, *d. l. inter*, 83. §. 83. §. 3. dixi *supr.* §. *præterea*, 5. *h. t.*

Et ad singulas respondere debemus) Siquidem in res omnes, de quibus interrogati sumus, obligari volumus: alioqui si ad quasdam duntaxat respondeatur, obligatio in his tantum contrahitur, ad quas responsum est; in cæteris manet stipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci sententia est, non usque adeo obscura, ut probare non possim emendationem Hotomanni, qui sic legendum existimat, *non ad singulas respondere debemus.*

TEXTUS.

De pœna adjecta stipulationi, alii dari.

18. *Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest. Cæterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quod interfit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur: Titio dari? nihil agis. Sed si adjecerit pœnam, Nisi dederis, tot aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio.*

NOTÆ.

18. *Nihil interest stipulatoris*) Pecuniariter scilicet. Affectioni autem tantum tributum non est, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam inutili stipulationi pœnalem subjectam valere.*
2 *Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest.*
3 *Quantacumque pœna promissa sit, tantum deberi.*
4 *Citramontanorum circa hunc articulum restrictio.*

QUI alteri dari aut fieri stipulatur, neque sibi obligationem aut actionem acquirit, quia sibi stipulatus non est; neque alteri, quia hoc pugnat cum fine stipulationum omniumque obligationum, quippe quæ ad hoc jure civili constituræ sunt ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest; ut vero alii detur, nihil interest nostra, *h. t. & l. stipulatio*, 38. §. *alteri*, 7. *de verb. obl.* In summa, qui alii dari stipulatur, nihil agit: qua de re dictum copiose, adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum, sub §. 4. *sup. eod.* Cæterum quia sæpe ad affectionem & votum nostrum pertinet, alteri cui cautum volumus, dari, ostenditur hoc loco & apud Jurisconsultum ratio, qua quod alteri stipulando recta consequi non possumus, id obliqua via consequamur, aut certe non minus nobis consulatur. Ea est, ut si quis alteri dari aut fieri stipulatus, velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, uti cautum est, sic enim futurum est, ut metu pœnæ promissor faciat quod promisit, cum si id ita factum non sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest.

Pœnam stipulari conveniet) Tria hoc loco & *d. leg. stipulatio*, 38. §. *alteri*, 17. de pœnali stipulatione statuit animadvertere possumus. Primum pœna utiliter nos posse stipulari etiam tunc, cum stipulatio, cui pœna subjicitur, jure non valet. Deinde pœnam, existente conditione, deberi & peti posse, etsi stipulantis non interfit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine subjecta erat pœnalis stipulatio. Postremo quantacumque pecunia pœnæ nomine promissa erit, tantam deberi. (1) Quæ an vere omnia dicantur, videndum est. Adversus primum objici potest, quod pœnæ stipulatio videtur pendere ex priore, cui subji-

subjicitur, ejusque esse accessio quædam & sequela; ideoque priore non consistente, & ipsam consistere non posse, cum sine te principali accessioni locus esse nequeat. Argumento esse, quod stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis, *leg. stipulatio*, 61. *leg. si homo*, 69. *de verb. oblig.* Respondeo, verum non est, quod hic assumitur, pœnalem stipulationem esse accessione prioris, sed æque atque illa principalis est, ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior, cui subjicitur, sit inutilis: cum numquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur, *l.* 1. §. *pen. eod.* Quod vero impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est, non ex eo fit, quod pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui subjicitur, sed quia hæc eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe subjecta impossibili & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta & ipsa turpis, utpote delicti evitandi causa subjecta. Neque vero pecunia dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod natura aut jure præstare non potest, *arg. leg. aliud est fraus*, 131. *de verb. sign.* Doncll. *ad d. l. si homo*, 69. *de verb. obl.* Alterum, quod hic discimus, est, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil interest, intellige, cujus nihil jure est alteri dari aut fieri: utique enim pœnam consequi interest stipulatoris quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis, etiam ut alteri detur, potest nostra interesse utique ex affectione: sic enim scribit Jurisconsultus in *l.* 7. *de serv. export. Beneficio affici hominem, hominis interest.* Respondeo, proprie id quod interest significat, quod nostra interest pecuniariter; sic enim definitur, *quantum nobis abest, quantumcumque lucrari potuimus*, *l.* 13. *ratam rem hab.* Non lucramur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abusive dici interesse nostra, cum ex sola affectione interest: cui affectioni tantum jure tributum non est, ut propter eum extraneo obligationem acquiramus. Postremum est, quod quantacumque pœna fuerit, tanta debeatur & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali stipulatione non aspici quod interfit, sed quæ sit quantitas & conditio stipulationis, hoc est, id solum, quanta pecunia in stipulatum deducta sit, & utrum conditio pœnæ extiterit, necne: quorsum, nisi ut si extiterit conditio, ea pecunia, quantacumque sit, præstatur? Igitur etsi duplo, triplo, aut etiam quadruplo plus comprehensum sit stipulatione pœnali, quam efficit id, quod alteri dari, aut fieri debuit, valebit nihilominus stipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus constitutus est, ut ne excedant quadruplum, §. *omnes*, 21. *infr. de actionibus*; ita & conventionalibus; sed has unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid futurum esse pacisci tur, fac. §. *ult. supr. de verb. oblig. l. ultim. de stipul. præt.* Non obstat quod constitutum est, nec promissor ultra duplum periculum subeat, *l. unic. C. de sentent. quæ eo quod int. prof.* Quantumcumque enim est, quod in stipulatione pœnali promittitur, simplum tantum est, non duplum, triplum, &c. alterius rei, cum ad id quod interest, aut alterum simplum non referatur. Donell. *lib. de eo quod int. circ. fin.* & in *dict. l. stipulatio*, 38. §. *alteri*, 17. *n. ult.* Caterum hanc sententiam Citramontani existimant tunc solum procedere, cum pœnali stipulatione certa quantitas expressa est: secus autem est, si, ut loquuntur, pœna fuerit promissa per nomina multiplicativa, veluti, *Tabulam mihi pingere spondes? Si non pinxeris, triplum*, aut *quintuplum dare spondo?* Hic volunt, pœnam reduci ad id, quod interest: quia manifeste ad priorem stipulationem fit relatio, neque aliud triplum aut quadruplum, &c. considerari potest, quam simpli ejus, quod in priorem stipulationem deductum fuit: itaque non posse ultra duplum exigi, per *dict. leg.* 1. *Cod. de sent. quæ pro eo quod int.* aut certe non posse ultra quadruplum pœnam extendi, per *leg. si dictum*, 56. *de evict.*

Tunc committitur stipulatio.) Id est tunc committi potest, videlicet si non dederis. Nam committi tum demum stipulatio conditionalis dicitur, cum conditio extiterit, & pecunia deberi cœpta est, §. *sub conditione*, 4. *sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Si interfit ejus, qui alii stipulatur.

19. *Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperit, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est cum obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.*

NOTÆ.

19. *Cum ejus interesset*) *d. l.* 38. §. 20. Ratio perspicua, quia tum non tam alteri, quam sibimetipsi stipulari videtur, *l.* 118. §. *ult. eod.* Ideoque & sibi actionem acquirit, non ei, cujus in personam stipulatio collata.

Si male res gesserit) Alii, *cesserit*, ut & apud Ulp. *d. l.* 38. §. 20. unde hæc transcripta.

Obligatus futurus sit pupillo) Nam qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, *l.* 3. §. 2. *de admin. tut.*

Procuratori suo) Quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo expoluit.

COMMENTARIUS.

Cum ejus interesset) Cum dicimus, eum qui alii dari stipulatur, nihil agere, duo dicimus, nimirum ex ejusmodi stipulatione neque ei in quem collata est, obligationem ullam acquiri, neque acquiri stipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus: & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus personam stipulatio collata est, *in explicatione* §. 4. *hoc tit.* Hic posterioris partis exceptio proponitur, & tres casus, sive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dare stipulatus est, sibi actionem acquirit. Exceptio hic una & generalis est, nisi stipulantis interfit alteri dari, *l. stipulatio*, 38. §. *si stipuloe*, 20. *de verb. obl.* cujus exceptionis ratio perspicua & facilis est: quoniam cum nostra pecuniariter interest alteri dari, tum non tam alteri, quam nobisimetipsis stipulari videmur, *l. liber homo*, 118. §. *ult. eodem.*

Qui

Qui pupilli tutelam administrare) Exemplum primum. Qui tutelæ administrationem contutori cessit, recte ab eo stipulatur, rem pupilli salvam fore, *d. l. stipulatio*, 38. §. *si stipuler*, 20. ubi Marcellus ait, valere hanc stipulationem, obligationemque parere stipulatori, quia stipulatoris interest fieri, quod stipulatus est: quippe qui periculum & exitum illius administrationis præstet. Etenim qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, sed pupillo, si male res geratur, obligatus manet, *l.* 8. §. 2. *de administr. tutel.*

Si quis procuratori suo) Exemplum secundum. Si quis procuratori suo dari stipulatus est, valet stipulatio, ob eamdem scilicet causam, quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuerat, quam actione mandati restituere tenebatur.

Si creditori suo) Exemplum tertium. Si quis creditori suo dari stipuletur, recte stipulatur, cum ejus interfit, puta ne vel pœna, sub qua pecuniam certa die debebat, committatur, vel bona distrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram distrahi poterat, *dict. l. stipulatio*, 38. §. *unde*, 23. *dict. leg. liber homo*, 118. §. *ultim. eodem*. Sunt & aliæ personæ, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri. Vid. *supr.* §. 4. *num.* 2. *eodem*. VINN. Alia hujus rei exempla, hanc doctrinam egregie illustrantia exstant in *dict. leg.* 38. §. 20. *seq. ff. de verb. oblig.* HEIN.

TEXTUS.

De pœna adjecta promissioni facti alieni.

20. *Vice versa qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur nisi pœnam ipse promiserit.*

COMMENTARIUS.

FActi alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit, audivimus *supra* §. 3. *eodem*. Cæterum etiam hic remedium stipulanti in pœna paratum est, qua adjecta, si alius non dederit, fecerit ve, committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine recte convenitur. Licet etiam hic quanti ea res est stipulari, *leg. stipulatio*, 38. §. 1. & 2. *de verb. oblig.* Sunt qui promissorem factum alienum sub pœna promittentem excusandum a pœna censent, si omnia humana experitus, ut is, de quo promisit, faceret, nihil promoverit. Sed assentior iis, qui contra sentiunt, *arg. leg. sancimus*, 26. *C. de fidejuss. dict. leg. stipulatio*, 38. §. 2. & *hujus text.* Quin ob hoc ipsum auxilio pœnæ uti leges suadent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præstandi difficultas, ut adeo nec omnino culpa careat, qui promittit, quod prævidere potuit, forte præstitum iri, *arg. leg.* 7. §. 1. *satisd. cog.* atque ob hanc ipsam difficultatem promisisse videtur id, quod in potestate sua habet, hoc est, pecuniam. Vid. Fach. 3. *contr.* Diod. Tuld. *in comm. hic cap.* 5.

TEXTUS.

De re stipulantis futura.

21. *Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur, & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris, §. 1. *supr. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus, §. *sic itaque*, 14. *infr. de action.* & translaticium est, actum in id tempus inutiliter conferri, quo pure inutiliter fieret, *leg.* 4. *Cod. de don. inter nupt.*

TEXTUS.

De dissensu.

22. *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris?*

NOTÆ.

22. *Tu de Pamphilo*) Hic non simplex in nomine error est, ut putat Schol. Theoph. sed etiam in re, quia nec de corpore constitit. Error vero in solo nomine, cum de persona aut re ipsa constat, de consensu nihil mutat, *leg.* 32. *de verbor. oblig.* §. 29. *supr. de legat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando error consensui obest, aut non obstet?*
2. *Quid, si non ipso corpore, sed in materia rei erratum?*

SÆpe jam dictum est, sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui, *leg.* 1. §. 3. *de pact. leg. in omnibus*, 55. *de oblig. & action.* Consensum non esse, etiam error arguit. Quid enim consensui tam contrarium est, quam error, qui imperitiam detegit? *leg. si per errorem*, 24. *de jurisd. leg.* 2. *de judic.* At enim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive, de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de persona & re ipsa constet, de consensu nihil mutat, *leg. si in nomine*, 32. *de verbor. obligat.* §. *siquidem*, 29. *supr. de legat. leg.* 4. *Cod. de testam.* In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putat esse Sempronium, omnino non obligatur, per *dict. leg.* 15. *de jurisdict. & dict. leg.* 2. *de judic.* fac. *l.* 9. princ. *de hæred. instit.* Non enim simplex hic in nomine error est, sed etiam in re, quia nec de corpore constat. Tantundem est, si erratum sit in re promissa, cum de alia stipulator, de alia promissor senserit: proindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non sit, *hoc text. inter*, *l.* 83. §. 1. *leg. continuus*, 137. §. 1. *de verb. oblig.* Quid tamen si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia, verbi causa, si quod aurum putabatur, sit æs, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? Placet, hic valere stipulationem:

leg. si id, 22. eodem: quamvis emptio non valeat, *leg. 9. in fin. cum leg. sequ. leg. 14. in fin. de contrah. emption.* Nimirum stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non potest videri consensisse in pretio: cum utique longe minoris æs, quam aurum, acetum quam vinum emturus fuisset. Plane si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in species, *dict. leg. 14. de contr. empt.* Quod si quis in causa promittendi erravit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit, sed si conveniatur, exceptione doli mali se defendere potest, *l. si quis, 36. de verb. oblig.*

TEXTUS.

De turpi causa.

23. *Quod turpi ex caussa promissum est, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.*

COMMENTARIUS.

STipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt: veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi aut facti causa promittatur, *leg. generaliter, 26. & leg. seq. l. si flagitiis, 133. de verbor. oblig.* Nec ea tantum, quæ aperte flagitiosa sunt in stipulatione deduci non possunt: verum etiam, quæ bonis moribus adversantur, veluti si de futura successione contrahitur, *l. stipulatio, 61. eod. leg. ult. C. de pact. leg. 4. Cod. de inut. stipulat.* Quinimmo & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut cædem faceret, aut sub conditione, si non fecerit, adhuc dicendum, stipulationem nullius esse momenti, cum hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam paciscí, quo flagitio abstineas, *leg. jurisgentium, 7. §. 3. de pact.* VINN. Nec magis valent quæ legibus civilibus duntaxat prohibentur, veluti stipulatio pœnæ, si quis uxorem hanc non duxerit, *leg. 134. princ. ff. de verb. oblig. l. 2. Cod. de inut. stipul.* stipulatio quotæ litis *leg. 7. ff. mand. leg. 53. ff. de pact.* Non autem valere dicuntur, quia ipso jure inutiles sunt, quod copiose contra Cujacium probavit Donellus. HEIN.

TEXTUS.

De morte contrahentium.

24. *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, si-ret ante conditionem decesserit, postea existente conditione hæres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.*

NOTÆ.

24. *Idem est & ex parte promissoris*) Ut si pendente conditione promissoris quid humanitus contigerit, hæres promissoris existente postea conditione conveniri possit, *l. 57. de verb. oblig.* sicut ex converso stipulatore ante conditionem mortuo hæres ejus agere, §. 4. *supr. dict. tit.*

COMMENTARIUS.

HIC locus a me expositus est ad §. *sub conditione, 4. supr. de verb. oblig.*

TEXTUS.

Quando agi potest ex stipulatione.

25. *Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.*

NOTÆ.

25. *Qui hoc anno*) Ex Pompon. *l. 42. eod.* Vid. *supr. §. eod.*

Non poteris continuo agere) Hoc non ad jus petendi, *dict. §. 2.* sed ad ejus, quod petitur præstationem & executionem obligationis referendum est: quia incivile, statim cum sacco venire creditorem, *l. 105. de sol.*

COMMENTARIUS.

DUO hic docemur. Primum est, quod obligatione in diem constituta, ante agi non possit, quam totus ille dies præterierit. Alterum, quod etiam ei, qui pure quid stipulanti promisit, dandum sit aliquod spatium, intra quod rem tradere & solutionem expedire possit. De utroque cixi ad §. 2. *supr. de verb. obl. l. 42. eod.*

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE FIDEJUSSORIBUS

Dig. Lib. 46. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 41. Nov. 4.

Continuatio, & argumentum Tituli.

OBligatur quisque aut proprio nomine, sive principaliter, aut nomine alieno, sive accessorie, dum scilicet pro alieno debito se ita obstringit, ut ei accedat, manente principali obligato. Eorum, qui sic obligantur, tres sunt species: mandatores, pecuniæ constitutæ rei, fidejussores. Mandator est, cujus mandatu quis pecuniam credit certæ personæ, §. *tua tantum 6. inf. de mand.* Pecuniæ constitutæ reus, qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. *de const. 9. infr. de act.* Fidejussor, qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione. Conjunguntur hi tres, in *l. ult. C. de const. pecun. & Nov. 43.* atque in pleriisque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejussoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo subjicitur, quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, *l. 5. §. 2. de verb. oblig. l. Banditus 12. C. hoc tit.* Indicatur hic primum obligationis fidejussoriæ finis, deinde objectum, docenturque, quibus obligationibus fidejussor adhiberi possit, & porro permisste, quatenus obligetur, quaque forma constituatur.

TEX-

TEXTUS.

Cur accipiuntur?

Pro eo, qui promittit. solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homine accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.

NOTÆ.

Solent alii obligari) Accessorie videlicet seu reo principali manente obligato: qualis est is, cujus mandatu pecunia creditur certæ personæ, §. 6. *inf. de mand.* item qui pecuniam debitam se solutururum constituit nudo pacto, §. 9. *inf. de act.* & maxime qui, quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione, de quibus solis hic agitur: conjungatur *l. ult. C. de const. pecun.*

COMMENTARIUS.

1. *Fidejussoris obligationem esse accessionem principalis.*
2. *Fidejussor idem qui & adpromissor, expromissor alius.*
3. *Sponsores, prædes, vades.*

PRO *eo, qui promittit, solent alii obligari*) Intellige eo, qui promittit; eodemque reo principali manente obligato: alioqui & expromissor pro alio obligari recte dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in se transfert: qui tamen fidejussor non est, ut mox probabitur. Et igitur cum fidejussor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejussoris, esse accessionem quamdam alterius obligationis. Unde est, quod nostri sic passim loquuntur, ut dicant, fidejussorem accedere. Quod autem Justinianus ait, *pro eo, qui promittit*, exempli causa dictum est: nam constat, fidejussores omni obligationi accedere.

Qui fidejussores appellantur) (2) A jussione & fide, ut apparet ex formulis, quas passim legimus. Dicuntur & adpromissores, *l. 5. §. 2. de verb. oblig. l. in omnibus* 43. *de solut. l. si vero* 64. §. 4. *solut. matrim.* quia scilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromissores autem qui dicuntur, fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt: sed expromissione fit novatio. Nam expromittere & expromissor in usu juris is dicitur, qui alienam obligationem in se suscipit, liberato reo, aut eo nomine non obligato, cum tamen obligari deberet, *l.* §. 1. *servus pactionis* 8. *de dol. mal. l. qui libertinus* 37. *in fin. de oper. libert. l.* 4. *de cond cap. dat. l.* 8. §. *si convenerit* 8. *ad SC. Vell. l. ult. de SC. Maced.* unde & a fidejussore passim distinguitur, *l. ut res* 53. *de cont. empt. d. l.* 37. *in fin de oper. lib.* & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis, *d. l.* 7. §. *servus* 8. *de dol. mal. d. l.* 64. §. 4. *solut. matrim.* Veteres quos nostri fidejussores postea dixerunt, appellabant *sponsores*. Cicero *ad Attic. lib.* 1. *Epist.* 8. *Tulliola, nostræ deliciolæ, tuum munus flagitat, & me sponsorem appellat.* (3) Et alibi, *Fam. lib.* 6. *Ep.* 18. *de negotio tuo, quod sponsores pro Pompejo, si Galba consponsor tuus redirit*, &c. Species sponsorum sunt, qui dicebantur, prædes, & item, qui *vades*. Prædes dicti, teste Ascon. Pædiano. *Verr.* 3. *satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est.* Et Festus: *Præs*, inquit, *est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, an præs sit, ille respondet. Præs.* In quem locum Josephus Scaliger sic scribit: *Festus ait, prædem dictum esse, quod interrogatus a populo si præs esset, respondebat, Præs, supple, sum. Præs esse antiquitus significat præsentem esse,* παρὼν. *Unde superest participium Præsens.* Quam notationem confirmat Ausonius, qui in *ludicrodramate septem Sapientum de Thalete* loquens sic ait:

Spondere qui nos noxa quia præs est vetat.

Item Scaliger apud Varronem 5. *de lin.* sic legendum existima: *Itaque præs qui a magistratu interrogatus in publicum an præs est; a quo, & cum respondet, dicitur præs.* Vades autem dicti sunt, auctore Varrone *d. loc. qui pro alio vadimonium promittunt*, id est, sponsores judicio aliquem sistendi. Et si fides Ausonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus: prædes, qui in causis civilibus. Sic enim ille in *monosyllab. Idyll.* 12.

Qui subit in pœnam capitali judicio? Vas.
Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs.

Sed tamen quicumque pro altero vadimonium promittebat etiam in re pecuniaria, vadem appellatum constat. Vid. Hering. *de fidejuss.* c. 3. n. 43. & quæ ibi clar. Salmas. *de mod. usur. cap.* 6.

Ut diligentius sibi cautum sit) Fidejussores & pignora sponsionum fideique sunt vincula & firmamenta, *l.* 9. *in fin. de sup. leg.* Senec. *de benef.* 7. 14.

TEXTUS.

In quibus obligationibus?

In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contracta fuerint. At nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.

NOTÆ.

In omnibus obligationibus) l. 1. l. 2. l. 8. §. 1. l. 10. §. 3. *h. t.* etiamsi obligatio ex delicto oriatur *d. l.* 8. §. 5. *l.* 56. *ult. l.* 70. §. *ult. eod.* utique si agatur civiliter: nam si criminaliter agatur ad coercitionem corporalem, fidejussio inutilis est, arg. *l.* 13. *ad leg. Aquil. l.* 22. *Cod. de pen.* Textus autem in *l.* 1. cum *seqq. de cust. reor.* accipiendi de fidejussoribus, qui caveant de reo sistendo, non qui pœnam suscipiant delicti.

An naturalis) *l.* 6. *in fin. leg.* 7. *leg.* 16. §. 3. *hoc tit.* ut arctius hoc casu adstringatur fidejussor, quam reus, add. Theoph.

COMMENTARIUS.

1. *Fidejussorem pro omni obligatione ex contractu recte intervenire, excepta causa dotis.*
2. *Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.*
3. *Quatenus in criminalibus recipiatur fidejussor?*
4. *Pro qua obligatione naturali interveniens, obligetur?*
5. *Quid si obligatio sit mere civilis?*

OBjectum *fidejussionis* seu materia, circa quam. Cum fidejussoris obligatio sit accessio alterius obligationis, necesse est statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat, alioqui & hæc non tenebit, *leg. 6. in fin. l. fidejuss. l. 16. si sub 29. l. si quis 37. & pass. h. t. l. 6. de verb. oblig.* unde quoque est, quod is, qui solutionis gratia adjectus est, fidejussorem accipere non potest, scilicet, quia reum principalem obligatum non habet, *l. si mihi 13. eod.* Cæterum dum aliqua sit obligatio non in totum improbata jure civili aut Prætorio, cujuscumque ea generis, sit, tenet fidejussio, *l. 1. l. 2. l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. §. 1. & seqq. l. 16. §. 3. 3. code* (1) Clarius hoc apparebit ex numeratione singularum. Primum earum obligationum, quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem recte accipi, nemini dubium esse potest: quippe cum ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æstimabilis. Una tantum species hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem solum matrimonio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi constitutiones vetant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur *l. 1. & 2. Cod. de fidej. dot. dent.* quamvis recentium nonnullis fidejussorem a marito eo nomine datorum obligari contendant. Vid. Fach. 8. *controv. 76.* Gail. 2. *observ. 8d.* Ant. Fab. *C. suo, d. tit. defin. 1.* Ant. Merend. *6. contr. 13.* Christin. *vol. 3. dec. 141.* VINN. Nolim tamen ego hic auctoribus adsentiri, cum non modo rubrica veteris *C. ne fidej. dot. dent.* prohibitionem insolvat, verum etiam *l. un. C. Theod. de fidej. dot.* ex qua *l. 1. C. justin. eod.* desumpta est, diserte *omnium sponsorum vel fidejussorum in cavenda dotis sponsione promissiones deinceps absolvat.* Accedit quod ratio hanc fidejussionem prohibendi æque in maritum ultro fidejussores dantem cadat, ac in eos, qui inviti dederint. Eadem enim abjugalis turpitudo, eadem turpitudo, idem fides ac amoris contemptus hic versatur, ut recte monuit Harpreth. *ad h. §. n. 11.* Potest tamen pignus a marito pro dote dari, *l. 7. §. 6. ff. de don. int. vir. & uxor.* quia hic alienam fidem uxor non sequitur, sed mariti. Potest & fidejussor accipi pro dote ab uxore promissa, ab alio expromissa *l. 55. ff. de jure dot.* Potest denique satisdatio exigi de solutione dotis post certum tempus *l. 24. §. 2. ff. solut. matrim.* Quemadmodum enim illo casu maritus non uxoris, sed tertii fidem in dubium vocat; ita hoc non de constante, sed de soluto matrimonio agitur. (2) HEIN. Sed etsi ex delicto oriatur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, *leg. 8. §. sed, & 52. l. si quis 56. §. ult. l. si arro, 70. §. ult. h. t.* utique si ex hoc civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam; nam si agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem, inutilis est fidejussio: quoniam ejus pœnæ nemo successaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis solvit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in priorem statum reponi potest. Nimirum æquum omnino est, fidejussori ejus, quod pro reo solvit, recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum; at, pœnæ corporalis nulla est restitutio: & quid proderit fidejussori, reum eamdem pœnam postea subire? Postremo nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, *l. 15. ad leg. Aquil.* neque justitiæ ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam hujusmodi sustinere, *l. sanctimus 22. de pœn.* (3) Alia vero quæstio est, utrum reus criminis non usque adeo atroeis, qui nondum convictus est, neque satis evidentibus indiciis urgetur, persona alias honesta, in carcerem protinus conjiciendus sit, ut ex vinculis causam dicat, an fidejussores hic recipi possint, non qui pœnam delicti suscipiant, sed qui caveant de reo sistendo, ut is molestiam carceris interim effugiat? Placet autem hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si rem non sisterint, certa pecunia mulctentur, quanta scilicet vel cautione vel decreto magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet; alioqui magistratus arbitrabitur. Quod si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadversione extra ordinem coerceri possunt. In quam sententiam sunt textus in *l. 1. l. 2. l. 3. & 4. de custod. & exhib. reor. l. 6. §. 1. 12. C. de appell.* (4) Porro non tantum obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest, *hoc text. l. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. h. tit.* licet hoc casu arctius & fortius adstringatur fidejussor, quam reus principalis. Cæterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest: veluti si pro eo, quod prodigus promisit, fidejussor intervenerit, *l. 6. de verb. oblig.* Neque constat, quod Marcellus scribit, eum, qui pro prodigo fidejussit, obligari *l. 25. h. t.* Obligatur enim suo nomine dumtaxat, non alieno: non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla est, sed ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis, quippe qui idem promittens quod furiosus aut prodigus, in quorum persona sciebat obligationem non consistere, donare voluisse videtur. Itaque Marcellus verbo fidejubendi in proposito uteus respexit tantum ad nudum fidejubendi actum, & promissionem quæ de facto præcessit, licet citra ullum juris effectum *d. l. 6. de verb. obl.* Ita ferme & Accurs. Bart. & DD. vulgo, quamquam alii aliter. Don. ad *d. l. 6. in fin.* Rævard. 2. *var. 9.* Robert. 2. *recept. sect. ult.* Cont. 2. *sect. 3.* Lyclam. *6. memb. 8.* Quid si obligatio sit mere civilis? Existimo, hoc genus obligationis, ut improbatum jure Prætorio, & sine re atque effectu inutile, *l. nihil interest, 112. de reg. jur.* hoc non pertinere (5) Etsi enim summo jure ex nuda civili obligatione agi potest, tamen cum & actio instituta opposita perpetua exceptione elidatur; & tale debitum neque solutum per errorem retineri, neque constitui, neque compensari possit, *l. qui per exceptionem 40. de cond. indeb. l. 3. §. 1. de pec. const. l. 14. de compens.* frustra pro eo fidejussor intervenire videtur, fac. *l. si quis, 37. h. t.* aut certe si fidejussio summo jure teneat, is qui fidem suam interposuit, conventus eadem exceptione, quæ pro principali competit, creditorem repellere poterit, per *l. 7. §. 2. de except.* Bart. *in leg. 1. num. 3. hoc tit. post Glos. hic.*

Sive litteris) Non adversatur quod modo diximus, pro obligatione mere civili fidejussorem inutiliter intervenire. Etenim litterarum obligatio pro mere civili habenda non est, sed pro mixta seu civili & naturali simul. Quippe mixta obligatio duorum generum est, una vere talis, altera præsumptive, qualis est obligatio judicati, item jurisjurandi ab actore judice deferente præstiti: atque hujus generis etiam ea, quæ litterarum dicitur. Nam si quis chirographo suo confessus est, se pecuniam mutuam accepisse, ea confessio post silentium bienni auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confessus est, ex eo tempore tenetur, ac si vera ei pecunia numerata sit. De quo uberius *tit. seq.*

Utrum civili) Non civili nuda, sed mixta, quæ actio-

actionem efficacem producit, quæ in usu juris civilis & absolute quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Julianum *l. 16. §. hoc tit.*

Pro servo quoque obligatur) Servi ex contractibus naturaliter tantum obligantur, *leg. 14. de obl. & action.* Ac ita obligantur non modo extraneis, sed etiam domino, ut hoc loco docet Justinianus: potestque dominus in id, quod sibi naturaliter debetur, fidejussorem a servo accipere, *l. si a reo 70. §. 3. eod.* quamvis ex contrario pro eo, quod dominus servo naturaliter debet, fidejussor acceptus non teneatur, *l. si quis, 56. §. 1. eod.* speciali scilicet ratione, quam indicati *tit. præc. §. item inutilis, 6.*

TEXTUS.

De hærede.

2. *Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam hæredem relinquit obligatum.*

COMMENTARIUS.

SAtis notum est obligationes & actiones, quæ ex contractibus veniunt, in hæredes quoque dari, *§. 1. inst. de perp. & tem. act. l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act.* idque etiamsi nulla in contrahendo hæredum facta sit mentio, *leg. 13. C. de contr. stip.* Talis autem est obligatio qua tenetur fidejussor: ac proinde non ipse tantum obligatur, sed etiam hæredem obligatum relinquit, *l. 4. §. 1. hoc tit. leg. fidejussori., 24. Cod. eod.* Quod si principalis obligatio ex delicto descendat, tenebitur quidem hic etiam hæres fidejussoris, sed tandiu quam vivit & tenetur is, qui deliquit: eo vero mortuo, ut fidejussor ipse, ita etiam hæres ejus liberatur, nisi forte ante rei mortem lis contestata fuerit, *d. §. 1. inst. de perp. & tem. act. l. omnes, 26. l. sciendum, 58. de obl. & act. l. pœnalia, 174. de reg. jur. l. 10. §. 2. & ibi* Costal. *si quis caut. jud. sist.* Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris transit, toties etiam fidejussoria transit in hæredes fidejussoris: at principali sublata evanescit & fidejussoria. VIIN. Aliquando fidejussio in hærede fit obligatio principalis, quæ in defuncto accessoria tantum fuerat, si nimirum fidejussor minori, pro quo fidejusserat, hæres fiat. De quo casu intelligenda videtur *l. 95. §. 3. de solut.* ut non opus sit ibi emendatione Cujacii, pro *principalis* legentis *personalit*. Conf. Viti amplissimi Zach. Hub. *Diss. de Chirogr. Pauli, cap. 1. §. 6. pag. 67.* HEIN.

TEXTUS.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3. *Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.*

COMMENTARIUS.

ET *præcedere*) Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, *l. 6. §. ult. hoc t.* ita tamen, ut præcedens fidejussoribus obligatio tum demum vires capiat, cum & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim vero in pendenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est, *l. non quemadmodum, 35. de judic.* Neque fidejussorem ante conveniri posse, quam reus debeat, *l. fidejus. 57. hoc tit.*

Et sequi potest) In quo differt fidejussor a mandatore. Nam qui potest creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, nisi simul suo periculo debitori inducias petat solutionis, *l. 12. §. si post 14. mand.* Item a pecuniæ constitutæ reo, qui non sequitur, *l. 1. §. 1. d. pec. constit.*

TEXTUS.

De pluribus fidejussoribus.

4. *Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistola D. Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola D. Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.*

NOTÆ.

4. *Ex epistola D. Hadriani*) *l. 26. eod.* Beneficium hoc vulgo divisionis appellatur. Et cæteris quoque accessionibus datum est, *l. ult. Cod. de pec. const.*

Hujus solius detrimentum) Potuerit quidem quod solvit, repetere a debitore actione mandati: sed a creditore partem repetere non potest: nec adversus confidejussores ullam actionem habet, extra quam si tunc cum solvit, actiones sibi cedi a creditore curaverit, aut ea lege solverit, ut postea cederetur, *l. 17. l. 36. l. 39. cod. l. 1. l. 11. l. 14. Cod. eodem.*

COMMENTARIUS.

1 *Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum Nov. 99.*
2 *Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat? & num. 6.*
3. *Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat. & alia remissive.*
4 *Beneficium ordinis non pertinere ad fidejussores judiciales, &c.*
5 *Obligationem plurium fidejussorum non dividi ipso jure, sed ope exceptionis; & quid inter hæc interjit?*
6. *Conditiones, sub quibus beneficium divisionis conceditur.*
7 *Quando opponi debeat exceptio divisionis, quando ordinis?*
8 *Quando loco exceptioni cedendarum actionum?*
9 *Renunciatione superiora beneficia amitti.*

(1) PLures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit, *l. 3. hoc t.* Neque hoc Jus mutatum est *Nov. de reis promittendi* 99. unde *auth. 4. hoc ita C. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur;

an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam sustulit Justinianus cavens ne plures promittendi ejusdem pecuniæ aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. (2) At plurimum fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cum horum singuli promittant id quod reus habet, & quantum debet. Debet autem in solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistola Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestetur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l. si plures 26. hoc tit. i. 3. C. eod.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantum, sed cæteris quoque accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se solutorus constituerunt, *l. ult. C. de pec. const.* Vim beneficii mox clarius explicabimus. Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani (3) *Nov. 4. c. 1.* unde *auth. præsente C. h. tit.* quod tale est; ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur, nec ante cum his efficaciter agi possit, quam si suum creditor a debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus, vel non sit solvendo. Cæterum placet nihilominus priore casu fidejussori postulanti spatium temporis a judice dari, intra quod reum absentem evocet: eo vero spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus evenerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor, recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus est, deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda sunt. Hæc Just. d. *Nov. 4. cap. 1.* Quod si debitor notorie non sit solvendo, excussio non est necessaria: secundum Mynsing. *cent. 2. observ. 15.* Gail. *2. observ. 27. n. 14.* Menoch. *consil. 662. n. 20.* Vasq. *illust. q. p. 1. l. 1. c. 40. n. 2.* ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis juriisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, *l. 3. l. 5. C. h. t.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis*. Ordinis propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficio locus sit in foro mercatorio, vid. Fachin. 8. *cent. 53.* Ant. Fab. *C. suo, hoc tit. definit. 3.* Suprema apud nos Curia aliquando censuit, non esse, *decis. 3.* An ei competat, qui fidejubendo simul se debitorem principalem constituit, Gail. *d. l. 2. observ. 29.* Schneid. *ad hunc tit. num. 11.* Christ. *vol. 5. decis. 214. n. 46.* (4) Illud constat, fidejussores judicio sistit, & judicatum solvi, exceptionem ordinis non habere; quippe hujusmodi stipulationes ex auctoritate Prætoris interponuntur, ut judicium ratum sit, *l. 1. de stipul. prætor.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati, *arg. l. in conventione 56. de verb. oblig.* Ant. Fab. *C. de suo diffin. 5. hoc tit.* Christin. *vol. 2. decis. 145. n. 7. & vol. 4. decis. 179. n. 25.* Sed nec ille, qui pro naturaliter tantum obligato intervenit, hoc beneficio uti poterit. Gail. *d. observ. 27. num. 20.* Consule porro pe beneficio ordinis DD. *in auth. præsente, C. hoc tit.* Gomez. *2. resolut. 13. num. 14.* Gail. *2. observ. 27. & seq.* Hering. *de fidejuss. cap. 27. part. 1.* Christin. *vol. 5. decis. 2. num. 14.*

Compellitur creditor a singulis) Etiamsi in fidejussoribus accipiendis convenerit, ut singuli in solidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, *l. 3. in fin. 6. h. t.* secundum quod Parisiis judicatum refert Papon. *l. 10. tit. 4. arest. 23.* Cæterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem dumtaxat, *l. inter, 26. eod.* inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisse, partem condicere, tamquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere, ostendit hic locus & *d. l. inter 26. l. si testamento, 49. §. 1. in fin. eod.* (6) Deinde non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summæ fidejussores, actionem non dividi, *l. fin. Titio 43. l. si plures, 27. §. ult. eod.* Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventione sua plures fidejussores acceperunt: pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere, *l. ult. rem. pup. salvs for.* ubi & ratio additur.

Solvendo sunt litis contestatæ tempore) (7) Duæ sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit, *l. 19. §. 1. h. t.* Altera, cujus hic fit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *hoc text. l. inter, 51. §. 1. eod.* Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet primum ut sciamus, si quis e fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licet antea solvendo fuerit, id cæteris, qui solvendo sunt, non prodesse, sed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cœperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus qui solvendo est, non pertinere, *d. l. inter, 5. §. pen.* Illud hic quæsitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expresse rescriptum ab Alexandro est, id postulari solere ante condemnationem, *l. 19. §. 1. Cod. hoc tit.* Quo loco manifeste & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, & qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam, vid. Salic. *in d.* 10. §. 1. *n. 5.* Sichard. *n. 10. & seqq.* Don. *n. 2. & seqq.* Ordinis vero & excussionis exceptio, cum sit dilatoria, ante litem contestatam opponenda est, vid. Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. defin. 38.* Fachin. 8. *controv. 5.* Christin. *vers. 5. decis. 214. & ibi cit.* Dissentit tamen Gail. *2. obs. 27. n. 3.* contendens, opponi eam posse usque ad conclusionem in causa; quamquam fateatur, omissam ex officio a judice suppleri non posse, add. D. Joann. a Sande *l. 1. rer. jud. tit. 7. defin. 31.*

Si ab uno fidejussore creditor totum, &c.) (8) Si unus ex pluribus fidejussoribus omissa executione beneficii divisio-

nis solidum solverit, is quidem a debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. *quis*, 6. *inf. eod.* Cæterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficio usus non sit: neque enim vel a creditore partem repetere potest, quia solidum ipsum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant, *l. ut fidej.* 39. *h. t. l.* 11. *Cred.* (9) Plane potest fidejussor conventus desiderare, ut a creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores & possessores pignorum: sed tunc cum solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, *l. fidejuss.* 17. *l. cum is*, 36. *l. ult. fidejussor*, 39. *h. t. l.* 2. *l.* 11 *l. mandati* 14. *C. eod. l. Modestius*. 76. *de solut.* Quamquam sunt, qui & post solutionem cessionem recte fieri volunt: & ita fere nunc obtinere. Sande *de act. cess. c.* 7. *n.* 11. *& seqq.* Groenevv. *de l. abrog. ad d. l.* 11. *C. h. t.* Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam solvit, placet, agere posse adversus creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & cæteros ejusdem obligationis reos, *l. Papin.* 28. *mand.* quippe mandator mandati actionem habet adversus creditorem, fidejussor non habet. Quod autem tutori, qui solvit, adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum, *l.* 1. §. *& si forte*, 15. *de tut. & rat. dist.* ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimvero exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest, *l. si fidejussores*, 41. §. 1. *hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Sichard. *ad l.* 10. *hoc tit.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud Christin. *vol.* 4. *decis.* 179. *n.* 10. *& seqq. vol.* 5. *decis.* 214. *n.* 51. *& seq.* Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expresse renuntiaverint; renuntiando, ut fere hodie fit, admitti. (10) Licet enim unicuique juri pro se introducto renuntiare, *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio consultorum creditorum usitata notariis in instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis, excussionis, & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor?

5. *Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor quinque recte obligatur: contra vero obligari non potest? Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.*

NOTÆ.

Ut minus debeant, obligari possunt) Vel in minorem summam, quam quæ debetur a reo principali, vel alias in causam leviorem, *dict. l.* 8. 7. *& seqq. l.* 34. *hoc tit. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1. *Fidejussorem rectius, quam reum principalem obligari posse; durius non posse.*
2. *Acceptum in majorem quantitatem, quam quæ debetur, ne in debitum quidem obligari.*
3. *Transpositione Holoandri in* leg. 8. §. illud, 7. hoc tit. *everti sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.*
4. *Explicatur* l. rogatus, 33. mandat.
5. *Constituti & fidejussionis quam dissimilis sit ratio.*
6. *Removetur obstaculum leg.* 1. §. stipulanti 4. de verb. obl.
7. *Media Bachovii sententia non improbabilis, & quid hodie ad quæstionem propositam respondendum?*

CUM fidejussores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo constringantur; quam reus principalis veluti per instrumentum garantigiatum seu paratæ executionis per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter, Jo: Fab. *hic.* Gomez. 2. *resol.* 13. *n.* 2. adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus est, fidejussorem recte intervenire placet, quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit, §. 1. *sup. eod.* In causam vero duriorem accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re, vel tempore, aut causa plus debeat, quam reus principalis, *hoc text. l.* 8. §. *illud*, 7. *eod.* quod DD. non inelegantes sic breviter exprimunt: *Fidejussor intensive obligari potest, extensive non potest.* Cæterum de illo non satis inter interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quam debet reus principalis, prorsus non obligetur, an saltem obligetur in summam concurrentem. Glossa & Bart. *in d. l.* 8. §. *illud* 7. omnesque fere Interpretes veteres sentiunt, fidejussorem ita acceptum plane non obligari; quorum sententiam sequuntur & defendunt Connan. 6. *comm.* 6. Hotom. Bach. *in hunc* §. Eachin. 8. *controv.* 51. Gœd. *cap.* 4. *de contrah. stipul. conclus.* 4. *n.* 65. *& seqq.* Tim. Fab. *disp.* 23. At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra disserunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem. Cantiunc. Baro Mynsi. Wesemb. Gisan. Gomez. *hic* 1. *res.* 13. *n.* 2. Duar. *ad tit. de fideiuss. c.* 3. Vasquez. 1. *illust. quæst.* 40. Bronch. 4. *cent.* 53. Hering. *de fidejuss. cap.* 24. *num.* 52. *& seqq.* quibus etiam accedit Diod. Tulden. *comm. hic, cap.* 2. (2) Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in universum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt, definit Ulp. *d. l.* 8. §. *illud*, 7. *hoc tit.* eo., si in duriorem causam adhibiti fuerint *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes & ipsum exemplar Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet quod *neutiquam, plane, prorsus, penitus non*: nisi cavillamur. Neque alio sensu a nostris usurpatur ipsove Ulpian. *leg. si non sortem,*

tem, 26. §. *indebitum*, 3. *de cond. in d. l.* 2 §. 2. *in fin. de admon. tut. l.* 4. §. *sed enim* 3. *rem pup. salv. for.* (3) Quod si cum Holoandro pro *omnino non* restituas, *non omnino*, aut *omnino non*, dictum putes, pro *non omnino*, quasi dixisset Jurisconsultus, fidejussorem in duriorem causam acceptum teneri in eo tantum & quatenus reus ipse obligatus est; evertitur sententia illius loci, quæ generalis est; falsaque efficitur Jurisconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in duriorem causam acceptis extra causam propositum. Nam certum utique est, fidejussores plane non obligari, qui in duriorem causam accipiuntur, extra quam si in majorem summam accepti fuerint, puta si pure spoponderint, quod res sub conditione aut in diem debebat, vel si pure reus interrogatus fidejussor cum adjectione loci acceptus sit, sive quid aliud adjectum, quo conditio fidejussoris deterior fiat. Neque enim alia ratio est, cur Jurisconsulti passim tam sollicite quærant, an & quando fidejussor in duriorem causam adhibitus videatur, quam quod eo casu, quo ita acceptus est, prorsus non obligetur: uti & simpliciter ubique respondent, eum non obligari, *d. l.* 8. §. *illud*, 7. *cum seqq. l.* 16. §. 1. *l. hi qui*, 34. *l. si testamento*, 49. §. 2. *si a reo*, 70. §. 1. & 2. *hoc tit.* Accedit, quod Justinianus hoc loco omnes istas species cum ea, de qua quæritur, comparat, & eodem jure censere videtur; maxime vero quod responsum est, fideicommissorem in duriorem causam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, *d. l. si testamento*, 49. *in fin.* ut proinde nulla in parte fidejussio, quacumque ratione deterior illa sit obligatione principali, valere possit. Nihil admodum pro contraria sententia facit *leg. rogatus*, 34. *mand.* (4) Nam ut recte Gloss. & Bart. *in d. l.* 8. §. *illud* 7. respondent, non quæritur illo loco, an & quatenus creditori obligetur fidejussor acceptus in majorem summam, quam reus principalis debebat; sed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem summem, quam rogatus erat, fidejussit, propterea quod videri potest fines mandati excessisse, de quo in §. *is*, 8. *qui*, *infr. de mand.* Neque ullum in *d. leg. rogatus*, 33. verbum proponitur, ex quo colligere possis, in ampliorem summam, quam quæ debebatur, mandatarium intervenisse. Sed & responderi potest, dissimilem esse causam fidejussoris, qui præcedit obligationem, de quo in *d. l. rogatus* 33. agitur, & ejus, qui post constitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejussio in suspenso est, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat subsequens obligatio sic, ut ad illam quidem nihil possit addere, detrahere autem de ea aliquid aut diminuere valeat. Est enim præcedens fidejussio mandato non absimilis, in quo hoc evenit, ut, si verbi causa, mandaverim tibi, ut ducenta crederes Titio, & tu centum tantum credideris, saltem in id, quod numeratum est, actionem mandati adversus me habeas, eo quod nihil a te factum est contra legem mandati, cum feceris conditionem meam meliorem, *l. si ultra*, 22. *C. mand.* & *ibi* Galic. *de fidejuss.* (5) Non obstat, *leg. hactenus*, 11. §. 1. *de prec. const.* Nam in constituto nuda tantum æquitas spectatur, multaque in eo admissa sunt, quæ fidejussoris obligatio respuit: veluti quod necesse non est, eum, cui constituitur, creditorem esse, *d. l.* §. 2. *d. tit.* quod aliud, quam quod debetur constitui potest, & quod debetur constitui in citeriorem diem, *l.* 1. §. *an potest*, 5. *l.* 4. *eod.* quorum nihil admittit fidejussio, *d. l.* 8. *illud*, 7. & *seq. l.* 16. *princ. l. si ita*, 42. *hoc tit.* (6) Unde apparet, a constituto ad fidejussionem firmum argumentum duci non posse. Illud majori summa vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, *l.* 1. §. *si stipulanti.* 4. *l. inter* 83. §. 3. *de verb. oblig.* & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginti respondeat, obligationem saltem in decem contractam esse, quia scilicet hactenus congruenter interrogationi responsum sit, *d. l.* 1. §. 4. Jam vero si majore summa promissa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hactenus apte responsum sit, nulla ratio dari posse videtur, cur ob eamdem causam in totum vitiari debeat accessoria fidejussoris. Resp. Non ideo dicimus in totum vitiari obligationem fidejussoris majorem summam stipulanti creditoris promittentis, quam reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non apte respondet: sed quia durius eum creditor obligari voluit contra naturam obligationis fidejussoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejussor, quam principalis reus, *l. si testam.* 49. *in fin. h. t.* VINN. Hactenus Vinnius probasse sibi visus est, fidejussorem in duriorem causam obligatum omnino nihil debere. Quæ etiam sententia fuit Jo: Bossiani ex primis Glossographis, & postea ipsius Cujacii in *Recit. ad l.* 11. *Resp. Papin. in l.* 9. *ff. de usur.* Sed is ipse hanc sententiam deseruit in *Notis secundis ad inst. h.* §. & in *Recit. ad leg.* 4. *Jul.* & *Minuc. in l.* 33. *ff. mand.* ubi fidejussorem in duriorem causam datum, saltim in minorem obligari docet. Id quod sæpe principiis magis consentaneum videtur, partim ob *l.* 33. *ff. mand.* & *l.* 11. §. 1. *ff. de pecun. const.* quibus non usquequaque satisfactum videtur a Vinnio, partim quia fidejussio est stipulatio, cujus ea natura est, ut qui stipulanti decem, viginti promiserit, decem debeat, *l.* 1. §. 4. *ff. de verb. oblig.* Accedit axioma illud generale, quod utile non debeat per id quod inutile est, vitiari, *leg.* 9. *ff. de usur. l.* 1. §. 4. *de verb. oblig. l.* 35. §. *ult. C. de donat.* Nec aliter græci videntur docuisse, In Basilicis enim in *leg.* 8. §. 7. de fidejuss. & mand. pro *omnino non* legimus οὐδὲ ὅλως *non omnino*, id est, non in totam summam majorem, in quam datus est. (7) Conf. Em. Merill. *Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 1. 199. HEIN. D. Bachov. existimat interesse, utrum creditor majorem summam a fidejussore stipulatus sit, quam reus debebat, an eamdem, & fidejussor majorem promiserit: veluti si cum decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius, quam decem stipulatus sit a fidejussore, & is viginti fide sua esse jussetit: illo casu in totum vitiari fidejussionem, quoniam aliter & durius fidejussorem adstringere creditor voluit; hoc casu consistere pro quantitate debita. Quæ sententia rationem habet: quoniam cum creditor nihil amplius a fidejussore stipulatur, quam quantum res debet, non potest proinde dici, fidejussorem adhibitum esse in duriorem causam. Plane nunc in constituendo & judicando sequerer sententiam posteriorem; non ob id solum quod eam æquitas commendat; sed quia pactorum & stipulationum jura confusa sunt, hodieque tam nudo pacto, quam stipulatione fidejussor constitui potest, ut nulla plane nunc sit stipulationis & constituti differentia: Gomez. 2. *var. resol. cap.* 13. *num.* 2. Autumn. *Confer. du droit. hic.*

Accessio est principalis obligationis) Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subsit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali collatur & accessoria fidejussoris, ex communi scilicet natura omnium accessionum, *leg. in omnibus*, 43. *de solut.*

solut. leg. novatione, 18. *de novat. leg. cum principalis*, 178. *de reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod hic docemur, ut etiam si subsit aliqua obligatio principalis, fidejussor tamen accipi non possit in plus, quam principali obligatione continetur: si quidem quod amplius foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali.

Nec plus in accessione) Si hoc axioma restringamus ad subjectam materiam, id est, ad obligationem accessoriam, verum est in universum in iis, qui pro aliis obligantur. At extra hanc causam nihil impedit, quominus plus pretii sit in accessione, quam in principali re, §. *si tamen* 26. *sup. de rer. div. l. cum aurum*, 19. §. *perveniamus*, 13. *& seqq. de aur. arg. leg. l. si in emptione*, 34. *de con. r. empt.*

Ut minus debeant, obligari possunt) Fidejussor in leviorem causam obligari potest, veluti in minorem summam, quam ea sit, quæ debetur; aut pro reo pure accepto, ex die vel sub conditione, *dict. leg.* 8. §. *illud*, 7. *hoc tit.* aut si qua alia ratione levior fiat conditio fidejussoris. Exempla in *d. l.* 8. §. *antepen. & pen. l. hi qui*, 34. *eod.*

Non solum in quantitate) Plus non modo ex quantitate æstimatur, sed etiam ex tempore: item ex loco adjecto & causa: quod pluribus atque ex professo explicatur, §. *si quis agens*, 33. *inf. de actionibus.*

TEXTUS.

De actione fidejussoris adversus reum.

6. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

NOTÆ.

6. Mandati judicium.) *leg.* 10. §. 11. *mand.* nempe si mandatum vel expresse vel tacite intervenerit: alias negotiorum gestorum, veluti si pro absente fidejussit, *l.* 6. §. 2. *l.* 18. *l.* 20. §. 1. *d. t. l.* 6. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

FIdejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet, *leg.* 20. *Fidejussores*, 11. *mandat.* Sed enim hoc ita, si præcesserit mandatum, id est, si rogatus a reo sit, ut fidejuberet, *leg. ex mandato*, 20. §. 1. *dict. tit.* aut cum reus præsens esset, passus sit pro se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui præsens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *leg.* 6. §. 2. *leg. qui patitur*, 18. *mand. leg.* 6. *Ced. eodem.* Quod si vero pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati, sed si ut negotium gerens intercesserit, negotiorum gestorum dabitur, *dict. leg.* 6. §. 2. *dict. leg. ex mandato*, 20. §. 1. *eod.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, *leg.* 4. *hoc tit.* Quid si pro invito aut vetandi donandive animo intervenerit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari, *d. l.* 6. §. 2. *l. si pro te*, 42. *mandati.*

TEXTUS.

Si fidejussor Græce accipiatur.

7. Græce etiam fidejussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω λέγω. Sed & si dixerit, θέλω, sive βούλομαι, sed & ὀφείλω, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω.

COMMENTARIUS

ETiam Græce fidejussor accipi potest, postquam placuit, non minus Græca aliave qualibet lingua, quam Latina stipulationem recte fieri, §. *sup. de verbor. oblig. l.* 1. §. *ult. eod.* Descriptus hic §. est ex *l.* 8. *princ. hoc tit.* ubi concinnius sic legitur: *Græce fidejussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω. θέλω, sive βούλομαι, sed & si ὀφείλω dixerit, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω.* Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sane τὸ λέγω præcessisse, arguit subsequens interpretatio, τῷ φημὶ, per idem verbum λέγω.

TEXTUS.

Si scriptum sit, aliquem fidejussisse.

8. Videri solemniter acta) *l.* 40. *de verb. obl.* nempe partes præsentes fuisse, & stipulationem rite interpositam, citra quam fidejussor non constituitur, *l.* 5. §. 3. *d. tit. l.* 12. *C. hoc tit.* fac. §. 11. *& 16. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

CUM fidejussisse aliquem scriptum est, omnia rite acta creduntur, *l. sciendum*, 30. *de verb. obl.* nimirum ut pro instrumento præsumptio est, verum esse, quod in eo scriptum est, §. *item verborum*, 11. *supr. tit. præced.* ita etiam si de re aliqua, ad cujus substantiam certæ solemnitates jure requiruntur, scriptum sit eam interveniisse, etsi expressum non sit, solemnitates istas esse adhibitas; tamen omnia solemniter acta esse intelliguntur: veluti si scriptum sit, promisisse aliquem, creditur is ad interrogationem præsentem respondisse, §. *si scriptum*, 17. *tit. præced.* Eademque ratione si scriptum fuerit, fidejussisse aliquem, præsumitur id factum, adhibita a creditore præsente stipulatione; quoniam de essentia fidejussionis hoc est, ut stipulatio interveniat, *l.* 5. §. *satis*, 3. *de verb. obl. l.* 22. *Cod. hoc tit.*

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

Cod. Lib. 4. *Tit.* 30.

TEXTUS.

Olim scripturæ fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissime constitutum

tum est. Sic fit, ut & hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur conditio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

NOTÆ.

Quæ nominibus fieri dicebatur) Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas accepti & expensi nomen illius, cui pecuniam debebat mutuam, præscribebat. Id fiebat præsente debitore, qui & ipse quoque in suas tabulas referebat, quod deberet: quæ tabulæ prolatæ in judicio fidem faciebant debiti. Cicer. *pro Rosc. Comœd. cap.* 1. & 2. Salmas. *de usur. cap.* 6. & *ad Jus Attic. c.* 29.

Non sunt in usu) Nam posterior ætas syngraphis uti cœpit, id est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis. Hotomann.

Post multum temporis) Post quinquennium, hodie post biennium, ut infra.

Dum quæri non potest) Vel conventus excipere de pecunia non numerata, *leg.* 8. & 2. *seqq. leg.* 24. *de non numer. pecun.*

Per constitutionem nostram) *dict. leg.* 14. *Cod. de non num. pecun.*

Ut ultra biennii metas) Intra biennium autem tria remedia ad tractandam confessionem prodita: conditio cautionis sive chirographi, *leg.* 7. *Cod. eod. l. ult. Cod. de condit. ex leg.* querela seu denunciatio aut protestatio de non facta numeratione, *l.* 8. *leg.* 9. *de non numer. pecun.* quam in scriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor consequatur, *dict. leg.* 14. §. *ult.* & *auth. seq.* exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *leg.* 3. *l.* 5. *dict. l.* 8. *dict. leg.* 14. *Cod. eod.* quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem, *leg.* 3. *l.* 10. *Cod. eod.* ubi ratio. Exacto autem biennio confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *dict. l.* 8. *d. l.* 14.

COMMENTARIUS.

1 *Cautiones & confessiones debiti inutiles.*
2 *Quæ cautiones ad probationem tantum valeant?*
3 *Cautiones pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.*
4 *Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levetur probatione?*
5 *Recte ne obligatio hic proposita dicatur litterarum, cum veteres eam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur? & alia quædam.*
6 *Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obsolevisse: qualis illa? & alia quædam?*
7 *Confessum post biennium scriptura obligari, ut etiamsi postea probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur?*
8 *Quibus argumentis Bartholus & DD. vulgo adducti dissentient?*
9 *Confirmatio prioris opinionis.*
10 *Confutantur argumenta in contrarium prolata.*
11 *A quo tempore biennium currere incipiat? & alia notabilia.*
12 *Usus circa hanc exceptionem hodiernus.*

INterdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum, quæ nascuntur ex contractu, §. *ult. sup. de obl.* (1) Litterarum obligatio est, cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis exsolvemus. Exigimus, ut quis scripto confessus sit; remotis litteris huic obligationi non est locus: quippe quæ alioqui recte non diceretur litterarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confessus sit, an alio instrumento professionem debiti continente, etiamsi id a tabulario confectum sit. Gloss. *in leg.* 3. *C. de non num. pecun.* Sichard. *ibid. n.* 8. Dom. *n.* 12. cautio passim a nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, *leg.* 1. & 3. *seqq. leg.* 8. *C. d. tit. leg. emptor*, §. *ultim. de pact.* Exigimus, ut scriptum mutuo consensu traditum sit credioori: nam sine conventione nulla ex contractu obligatio, *leg.* 1. §. 3. *de pact.* Exigimus professionem debiti, non cujusvis, sed mutui accepti: quod ut facilius intelligi possit, sciendum est, non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim esse, ut confitentem obliget; sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti plane inutiles, quales sunt, quæ causam debendi non continent, quas indiscretas vocant, cum scilicet quis confessus est, se debere, nulla nominatim expressa causa propter quam debeatur, *leg. cum indebito*, 25. *in fin. de prob. l. generaliter*, 13. *Cod. de non num. pec. Cod. si cautio* 4. *x. de fid. instr.* vid. D. Andr. Gail. 2. *observ.* 13. Damboud. *prax. civil. cap.* 175. *n.* 14. ubi notat, in emporiis inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solere, ad Groenevv. *de leg. abrog. ad leg.* 25. §. *ultim. de probat.* Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantum & fidem rei gestæ valent, ad obligationem numquam: quædam vim habent obligationis, numquam probationis solius. (2) Ad solam probationem valent confessiones debiti omnes, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet hasce scripturas valere ad probationem; & merito placet, cum nihil æquius sit, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere; confessumque stare suæ confessioni, *dict. leg. cum indebito*, 25. *in fin. de probat. dict. leg. generaliter*, 13. *Cod. de non num. pecun. l.* 11. §. 1. *de interrog. in jur fac.* Sed enim probationem tantum habent, obligationem numquam reducunt: argumento est, quod confessus ex chirographo suo conventus contra confessionem suam venire potest, placetque audiendum esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur,) paratus sit ostendere, se falso confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta: nam testes in hac probationis specie visum est admitti non debere propter metum falsi, *dict. leg. cum indebito*, 25. & *dict. leg. generaliter*, 13. Sed cautio & confessio pecuniæ obligationem inducit: contra vero

ad

ad probationem sola nunquam valet, ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mutuum consistit, *leg. in contractibus*, 14. *princ. Codice de non num. pec.* Postremo exigimus, ut cautio emissa silentio biennii confirmata sit; non enim continuo, ut quis scripto confessus est se pecuniam mutuam accepisse, aut sibi numeratam esse, litteris obligatur: sed cautio intra biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem, ne dum obligationem valet, *leg.* 3. *l.* 10. *Cod. dict. tit.* At si intra id tempus confessionem non retractaverit, jam in eam summam, quam confessus est, plane obligatur, *hoc* text. & passim *dict. tit. Cod. de non num. pec.* Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria confitendi sunt prodita. Conditio sine causa, aut ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem chirographi, *leg.* 7. *Cod. d. tit. l. ultim. Cod. de cond. ex leg.* 2. Querela seu denunciatio & protestatio de numeratione non facta: quæ denunciatio scripto facienda, ut exinde exceptionem perpetuam debitor consequatur, *l.* 8. *& seq. in contractibus*, 14. §. *ult. & auth. seq. C. de non numer. pec.* 3. exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *leg.* 3. *l.* 5. *dict. l.* 8. *Cod. eodem*, quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in *leg.* 10. *Cod. eodem*; quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigi probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, *leg. actor*, 23. *Cod. de probat.* Ad quam rationem accedit præsumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis cessat; quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem & spe numerationis futuræ, qua ne frustrentur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad nutum creditoris. Rebuff. *ad constit. reg. de chirogr. & cedul. artic.* 2. *num.* 18. Christin. *vol.* 3. *decis.* 37. *num.* 1. Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l.* 3. *Cod. de non numer. pecun.* vel in factum detracta doli mentione, *leg.* 9. *Cod. eodem*; atque his remediis confessum uti posse etiam adversus instrumentum garentigiatum, censet Gomez. 2. *resol.* 6. *num.* 3. quamvis in contrarium proclivior sit Christin. *dict. decis. num.* 13. Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in contrarium; omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *hoc text. leg.* 8. *l.* 14. *Cod. dict. tit.* Hæc ergo obligatio recte dicitur litteris, seu ex litteris nasci, si quidem post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessa numerata sit, necne; sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantum probet, sed etiam obliget confitentem. Plane veteres nullam litterarum seu scripturæ, ut causæ alicujus obligationis, mentionem faciunt, ac ne iis quidem locis, ubi ex professo causas & genera obligationis recensent, *leg.* 1. §. 3. *de pact. l.* 1. §. 1. *l. obligamur*, 52. *de oblig. & action. l.* 8. §. 1. *de fidejuss. leg.* 1. *de novat.* sed opinor, eos hanc obligationem retulisse inter eas quæ ex re nascuntur, propterea quod qui ex ea agit, pecuniam quasi creditam petit, & condicit tanquam ex mutuo, *leg. Cod. de non numer. pecun. & hoc text.* Rectius autem ex litteris hæc obligatio esse dicitur: nam etsi in cautione adjicitur causa, nempe mutui accepti, & pecunia quasi credita petitur, tamen re nequit dici quis obligatus, nisi quatenus ei numeratum est, *l.* 2. §. 3. *l.* 11. §. *de reb. cred.* ut proinde & quoniam nulla alia subest causa obligationis præter litteras seu scripturam emissam, recte dicatur litteris obligatus: neque enim si sine scriptura confessus esset, similiter obligaretur: Donell. *ad d. l.* 8. *num.* 34. *C. de non num. pecun.* Gudelin. *lib.* 2. *de jure noviss. cap.* 6. Caveat autem quisque, ne temere insistatur chirographum suum ante numerationem confessam: nam mendacii convicto pœnam dupli & amissionis cæterarum defensionum novissima Justiniani constitutio imponit, *auth. contra qui, C. dict. tit.* Nititur hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem, ac judiciorum expediendorum facilitatem maxime spectat: eademque fere ratione defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, *l.* 1. *de usucap. l. ult. pro suo*, *leg.* 6. *l.* 3. *C. de annal. except.*

(6) *Quæ nominibus fieri dicebatur*) Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quicquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet, præscribebat, ut Cicero in ea *pro Cluent. cap.* 14. demonstrat. De harum tabularum fide censores quinto quoque anno cives ad jusjurandum adigebant, teste Dionys. Halicarn. *leg.* 4. Atque hinc fidem in judiciis facere solebant, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomannus. Asconius autem Pædianus, *in Verrin.* 3. scribit nomina in tabulis dici consuevisse titulos seu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahebatur, cum in tabulis præscribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere; neque aliud erat nomina facere, quam in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cum pecunia præsens non numerabatur. Atque hinc est, quod obligationes seu debita appellantur nomina. Referri autem solebat non tantum in tabulas creditoris, verum etiam in aliorum quorumdam; quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat, & veterum testimoniis, præsertim Ciceronis, confirmat Hotomannus. Ego vero non puto hujusmodi scripturam valuisse absolute ad obligationem, sed vim duntaxat habuisse probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur, non tantum huc pertinuisse scripturam mensæ argentariæ, verum etiam privatorum codicum accepti & expensi. Majorem lucem expectamus a D. Salm. in libro, quem præ manibus habet, de usuris Justinianæis. VINN. Ita quidem vulgo litterarum obligationem veteres explicant. Sed ita non quadrat descriptio Caji *Inst. lib.* 2. *tom.* 9. §. 12. ubi *litteris obligatio fieri dicitur aut a re in personam, aut a persona in personam.* Inde enim apparet, hanc obligationem novationis speciem fuisse, & recte eam definiri a Theophilo *hoc tit.* τὴ παλαιὰν χρέος ἐς καινὸν μεταγραμματισμὸν φέρουσα, *Veteris nominis in novum creditum per solemnia verba & solemnes litteras transformatio.* Nimirum, si quis mihi ex locatione vel alia causa deberet centum, egoque mallem eum ex litteris obligatum habere, verba proferebat: CENTUM AUREOS, QUOS MIHI EX CAUSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI; simulque eadem inscribebat tabulis. Respondebat alter EXPENSOS MIHI TULISTI, eademque referebat in tabulas, addito procul dubio nomine. Eo facto prior obligatio extinguebatur, & nova nascebatur, quæ ex litteris solis substantiam capiebat. Ita fiebat litterarum obligatio a re in personam. Unde facile intelligitur, quo pacto a persona in personam facti sit.

sit. Plura V. C. Ant. Schulting. *Juris. ante just. p.* 163. & nos in *Antiqu. Rom. hoc. tit.* §. 3. & 4. HEIN.

Hodie non sunt in usu) Ætate Justiniani nomina in usu non erant: quippe, translato Constantinopolim imperio, consuetudo Græcorum recepta est, qui syngraphis utebantur, hoc est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis atque obsignatis. Posterior tamen ætas non συγγραφὰς sed συμβόλαια appellavit: Latinè *instrumenta* & *cautiones*, voce generali ad chirographa quoque producta: qua de re consule doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 11.

Dum quæri non potest, scriptura obligetur) Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, eum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori, *infr. quib. mod. toll. oblig. leg. 6.* §. *5. de pign. act.* Atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita, *l.* 8. *C. de non num. pecun.* Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, an non sic quidem audiendus erit? Accursius de quorumdam veterum sententia putat audiendum esse: quod & Bartholo & comm. DD. visum in *leg.* 3. & *l.* 14. *Cod. dict. tit.* Gomez. 2. *resol. 6. num.* 7. Moz. *de contr. tit. de mutuo, num.* 9. Baroni, Schneid. Bachov. Corvin. *in enchir. his.* D. Bronchoistio 2. *assert.* 22. Ant. Perez. *in d. tit. Cod. num.* 14. Moveri, quod exceptiones natura sua perpetuæ sunt, *l.* 5. §. *ult. de dol. mal. exc.* & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l.* 3. *C. dict. tit.* quæ cum sine dubio perpetua sit, *dict. l.* §. *ult.* utique etiam post biennium competere debeat; etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Ad hæc non sunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *l.* 6. *de off. præf.* Illicita vero & iniqua exactio est, si reus, probare volens, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur. Postremo non potest biennii lapsus debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, *leg.* 10. *Cod. eodem*, ergo nec lapsus biennii ei amplius adimere potest. Sed procul dubio verius est, debitorem nec probationem ultro offerentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum, seu causam obligationis agnoscit, cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, interveniisse negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admitteretur, jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem, nec novum hoc esset obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re: denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ: quæ parte etiam major vis est cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem litterarum non nasci, inter omnes convenit. In summa, nulla esset revera litterarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide faciendæ, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri, & consequenter expungenda esset hæc obligatio e catalogo verarum obligationum; cum vere debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habeat, *leg* 66. *l.* 112. *de reg. jur.* Loci juris in eamdem sententiam manifesti sunt. In *l. asseveratio*, 10. *Cod. de num. pec.* traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minime restringi potest. In *leg.* 8. *C. eod.* scriptum est, eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in *leg.* 14. *princ Cod. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit: quomodo & Græci hoc acceperunt Harmen. *lib.* 2. *tit. περὶ ἀπαρ. num.* 4. ὁ λόγος ὅτι ἡ γράψασα ἐβεβαίωσε εἰ μὴ ἐπὶ τοσοῦδε ἔτους ἢ ἐπαχθῇ ἢ διαμαρτύρηται τότε ἐβεβαίως ἔχει δικαιολογίαν. Hoc amplius in *dict. leg.* 14. §. 3. illud nominatim observari jubetur, ut ne liceat debitori, qui quæstus non est, post biennium creditori agenti offerre jusjurandum, cum tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, *leg. manifesta*, 3. *de jurejur.* adeoque facilius admittenda sit jurisjurandi delatio, qua auctor testis & judex in sua causa constituatur, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixa adversus invitum susceptæ probationes, *argum. leg.* 1. & *l.* 2. *dict. tit.* His accedit & textus in *leg. ult. Cod. de cond. ex leg.* ubi nominatim cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam vero si cautio oblata probatione pecuniæ numeratæ post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Postremo uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mora scilicet intra biennium querela, facta protestatione, *d. l.* 14. §. *ult.* Argumenta, quæ in contrarium afferuntur, infirmiora sunt, quam ut hanc sententiam convellere possint. Nam quod exceptiones dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Exceptio vero doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum, a quo dolo decepti sumus, ut promitteremus, perpetua est; sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens illarum naturam & conditionem semper sequitur, *leg.* 2. §. & *generaliter*, 5. *de dol. mal. exc.* Plane si debitor dolose inductum dicat, aut vi coactum ut confiteretur, aut dicis tantum causa numerationem interveniisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere nemo est qui ambigat. Donell. *ad leg.* 8. *C. de non numer. pecun.* Anton. Faber *C. suo eodem titul. defin.* 2. Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur: nec iniquum, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo se debere confessus est, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris pœnam luere, ut confessioni suæ litteris testatæ omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum responsum esto. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit: at biennium debitori non solum immunitatem tribuit probationis, sed maxime

ex-

exceptionem non numeratæ pecuniæ, *leg.* 3. *Cod. dict.* *eit.* ergo lapsus biennii utrumque adimit: quod & expressum est in *dict. leg.* 8. *l.* 9. *& dict. l.* 14. *Cod. eod.* Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est Joann. Fab. *hic*, aliique nonnulli citati a Fachin. 2. *controv.* 18. eaque nunc neotericis fere probatur. Duar. *ad dict. tit. Cod. cap.* 4. Donell. *ad dict. leg.* 8. *num.* 21. *& seqq.* Fachin. *dict. loc.* Wesemb. *hic* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 6. Tulden. *in comment. hic cap.* 3.

Cessante verborum obligatione) Si cautio intervenerit, & simul interposita sit stipulatio, non nascetur quidem obligatio ex litteris, sed ex stipulatu: cæterum eamdem vim & pro reo & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipulatione, *l.* 9. *C. de non num. pec.* §. 2. *infr. de except.*

Ne ultra biennii metas) Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Justinianus substituit biennium continuum, quod currere incipiat a tempore emissæ cautionis, ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerunt, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, *d. l.* 14. *Cod. de non numer. pecun.* junct. *l.* 2. *C. in quib. caus. in integr. rest. nec non est*, *l.* 1. *in fin. ex quib. caus. maj.* In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species receptionis non numeratæ pecuniæ, diversum nonnihil statutum, *l. ult. & auth. seq. C. de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confesso, pecuniam sibi solutam esse, quibuscumque ex causis soluta dicatur, sed tantum intra triginta dies, *dict. leg.* 14. §. 2. Exactoribus autem tributorum, vectigalium, aliarumque publicarum functionum contra apochas factæ a collatoribus solutionis prorsus non datur *d. l.* 14 §. 1.

Moribus nunc fere receptum est, ut exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitorem sine probatione, & creditor, qui intendit numeratam esse, intentionem probare cogatur: post biennium vero audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; cæterum hac conditione, ut ipse exceptionem probet, secundum sententiam Accursii, Bartholi & aliorum, quos superius allegavimus. Anton. Fab. *Cod suo de non num. defi.* 1. Christin. *vol.* 3. *decis.* 37. Zang. *de exc. p.* 3. *c.* 11. *num.* 24. Grot. 3. *manuduct. cap.* 5. In Gallia receptum, ut debitor post biennium etiam jusjurandum creditori deferre possit. Autum & Mornac. *in dict. leg.* 14. *Cod. de non numer. pecun.* Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicasse refert Groen. *de leg. abrog. ad rubr. Cod. dict. tit.* Eadem conditione auditur & creditor post triginta dies adversus apocham seu professionem pecuniæ solutæ, Anton. Fab. *dict. tit. defin. ultim.* Apud Gallos, quæ conditio est cæterarum cautionum, ut scilicet statim fidem faciant, transferantque onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem exposuit, eadem est & cautionis pecuniæ creditæ; testibus Imbert. 1. *institut. forens.* 35. Rebuff. *ad const. reg. de chir. & credul. recogn. art.* 2. *num.* 28. *& 68.* Idem de universo Belgio testatur Gudelin. 3. *de jur. noviss. cap.* 6. *in fin.* sed procul dubio errat. Apud nos sane idem quod in Gallia observatur; sed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex causa mutui confessi jure communi comperit, adhuc in usu esse, vel illud argumento est, quod huic beneficio, & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in instrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renunciari solet: quam renunciationem hunc effectum habere volunt, ut creditor necessitate probandæ numerationis in totum exoneretur, non ut non possit adhuc objici exceptio, sed ut objecta etiam intra biennium sit sine privilegio: ita post Glossam in *leg.* 3. *Cod. de non numer. pecun.* D. Joann. a Sande, *lib.* 3. *ver. judic. tit.* 2. *defin.* 1. D. Dechet. *lib.* 1. *dissert.* 6. *num.* 4. qui etiam refert, Curiam Brabantiæ Judicastra instrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos summa vigere debet æquitas: licet quoad hoc dissentiat Stracha *de mercat. tit. quom. in caus. merc. proced. num.* 9. Farin. *contr. jur. lib.* 2. *cap.* 86. quorum sententia de jure verior videtur Christinæo *dict. vol.* 3. *decis.* 37. *num.* 16. quamvis contraria obtineat, Groenevv. *dict. loc. & ibi cit.* Notetur obiter D. Grotii ἀλλαγμα τῆ χρείας *dict. l.* 3. *cap.* 5. Merul. *l.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 3. Illud hic monere non extra propositum, ne diu frustrentur creditores, apud nos & in Gallia usu fori receptum esse, ut debitores initio latis cautiones suas vel agnoscere, vel negare cogantur, agnoscentes ut mox solvant & pecuniam consignent, (quod *namptissare & naptissement* vulgo appellant) recepturi postea, si nihil deberi constiterit; negantes, si mendacii convincantur, pœnam dupli subeant, juxta *auth. contr. qui*, *Cod. de non numer. pecun.* aut pœnam arbitrariam expectent, quod nunc magis in judiciis observari notat Rebuff. *ad proœm. constit. reg. gloss.* 5. *num.* 6. & post eum Christin. *dict. decis.* 37. *num.* 12. & conservandi juris fiscalis gratia traditur obligatio sive cautio procuratori generali, Merull. *dict. loc.* Vide circa hanc materiam Imbert. *lib.* 1. *institut. forens. cap.* 35. *& seq.* Rebuff. *ad const. reg. de chirogr. & codul. recogn. in præfat. numer.* 44. *& seqq.* & Doctor. in *auth.* modo citata.

TITULUS VIGESIMUS TERTIUS.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Continuatio.

SEquitur postrema obligationum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc supereſt. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut litteris contrahuntur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, *l.* 1. §. 3. *de pact.* sed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus, & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut litteræ cum consensu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, quæ singula, singulis titulis explicabuntur. VINN. Quibus quatuor speciebus hodie quinta accedit, Emphyteuti-

cus

cus contractus, qui cum olim inter emptionem venditionem, & locationem conductionem fluctuaret, singularis contractus naturam sortitus est a Zenone Imper. *leg. 1. C. de jur. emph.*

TEXTUS.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est; ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, cum alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

1 *Quibus modis consensus declaretur?*
2 *Obligationum ex consensu pinguiorem esse naturam quam obligationis verborum.*

Neque scriptura) Hoc dicit ad differentiam obligationis litterarum, ad quam constituendum scriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis scripturam desiderant, quam ex, quæ consensu. Quod vero in his etiam scriptura sæpe adhibetur, ideo fit, ut facilius probari possit quod actum est: non quod ad substantiam contractus, obligationisve constitutionem scriptura pertineat, *leg. 4. de fid. inst. l. 4. de pign.* Totus hic locus ad verbum descriptus est ex Cajo, *l. 2. de obl. & act.*

Neque præsentia) Ut in conficienda stipulatione: nam quæ obligationes re aut litteris contrahuntur, similiter partium præsentiam non desiderant.

Ac nec dari quicquam necesse est) Ut in mutuo, commodato, cæteris que contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationis præbet.

(1) *Sed sufficit, &c. consentire*) Declaratur consensus aut certis indiciis, aut ex re factove aliquo colligitur. Indicia sunt, veluti verba, litteræ, *l. 2. de pact. l. 4. pro soc.* item nutus: nam & nutu conveniri posse, argumento est, quod fideicommissa nutu relinqui possunt, quamvis non relinquantur nisi ex voluntate, *leg. nutu, 21. de legat. 3.* Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus, præcedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hoc esto: vendidit aliquis prædium meum me præsente, nec tamen aperte consentiente: si pretium ex ea causa accepero, videbor ipse vendidisse, *l. 12. de evict.* Similia exempla habemus in *l. 6. §. 2. l. qui patitur, 18. de mand.*

Unde inter absentes quoque) Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu præter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur; ex eo colligit Justinianus cum Cajo, *d. l. 2. de obl. & act.* hujusmodi negotia & obligationes etiam inter absentes contrahi posse, puta per epistolam & nuntium. Est vero hoc intelligendum de nuda & simplici epistola nuntioque solo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium potest, veluti mutui, commodati, missa per eum pecunia, aut re. Similis collectio est in *leg. 1. princ. mandat. l. 1. §. ult. de contr. empt.*

(2) *Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo*) His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorem & pinguiorem, quam ea est, quæ nascitur ex stipulatu: nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur, non in id modo, de quo convenit, aut dictum est; sed etiam in id omne, quo ex fide bona seu bono & æquo alterum alteri præstare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cum ex stipulatione obligatio eatenus tantum nascatur, quatenus lingua nuncupatum est, *l. quidquid, 99. de verb. obl.* Non est vero hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque judicia fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium judicis ex bono & æquo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, *l. 7. de neg. gest. l. Lucius, 24. depos. §. in bona, 30. infr. de act.* quamquam hoc loco & apud Cajum *d. leg. 2. de obl. & act.* videri potest per excellentiam quamdam hæc qualitas solis tribui contractibus, qui consensu perficiuntur, eademque ratione his opponi stipulatio. De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra *sub §. actionum, 28. de action.*

TITULUS VIGESIMUS QUARTUS.

DE EMPTIONE, ET VENDITIONE.

Dig. Lib. 18. & 19. Tit. 1. Cod. Lib. 4. Tit. 38. & 40.

1 *Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.*
2 *Emptionis definitio, cum explicatione singularum partium.*
2. *Summa hujus tituli.*

EXplicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie hujus generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maxime necessaria, teste Paulo, *leg. 1. hoc tit.* ubi scripsit, originem emendi vendendique a permutationibus cœpisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægre succurritur, causam esse, quod numinus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Aristot. 5. *Ethic.* 5. ubi nummum ait hominum instituto factum esse μαρτυμα ἀντιδοσεως succedaneum & οἱον ἐγγυητὴν, quasi sponsorem futuræ indulgentiæ. Emptio & venditio est contractus, quo id igitur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. (2) Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum constituunt. Factum ejus a quo pecunia est, emptio dicitur, ille emptor: ejus, a quo res proficiscitur, venditio, ille venditor. Notandum autem est, sic duas partes esse unius contractus; ut tamen partes sint inter se distinctæ ac separatæ, ut una non possit esse altera; aliudve semper sit emere, aliud vendere, aliud emptor, aliud venditor, *leg. 1. in fin. hoc tit. l. 1. princip. de rerum permut.* Nam quod dicitur in *leg. veteres, 18. & seq. de act. empt.* veteres in emptione, & venditione, sicut in locatione & con-

& conductione, his appellationibus promiscue usos esse, id non hoc significat, usos esse una pro altera, ut male meo judicio D. Vultejus; sed usos una, puta vel sola appellatione emptionis, vel sola venditionis ad utrumque intelligendum, judicandumque totum contractum, ut passim in hoc argumento fieri videmus: scilicet quia unum sine altero nec esse, nec intelligi potest, ut est natura relatorum. Cannan. 7. *comm.* 6. Donell. *ad rub. Cod. hoc tit. n.* 4. Non expressi in definitione, quod plerique faciunt, emptionem esse contractum mutuæ præstationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, consensu constantem: quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur, præter consensum ad perficiendam emptionem nihil desiderari: cætera vero insunt generi, nullus enim contractus est, ex iis, qui consensu fiunt, qui non fit ἐνάλλαγμα, bonæ fidei, juris gentium, nominatus: nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, huc non pertinent, quia non sunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem judicium esto. Res quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx; pecunia, quæ pro re datur, pretium, *dict. leg.* 1. §. 1. *sub fin. hoc tit.* (3) igitur circa hæc duo consensum in emptione versatur, circa pretium & mercem: illud ut venditori detur, hæc ut tradatur emptori: ex quibus substantia emptionis æstimanda & definienda fuit. Justinianus hoc titulo explicat, quomodo contractus emptionis & venditionis perficiatur tum sine scriptura, tum etiam, cum convenit, ut per scripturam fieret: unde de materia, forma, fine & effectu disputat, quamquam nonnihil confuse. Postremo de rebus, quarum venditio non consistit.

TEXTUS.

De emptione pura. De pretii conventione, arrhis & scriptura.

Emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac nec arrha quidem data fuerit: nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil a nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

NOTÆ.

Simul atque de pretio convenerit) *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 1. §. 2. *de rer. perm.* nisi aut conditionalis sit emptio, *l.* 7. *hoc tit. l.* 8. *de per. & com. rei vend.* aut eam in scriptis fieri placuerit, ut infra.

Nisi & instrumenta emptionis, &c.) Si privata sit scriptura, sufficit, instrumentum propria contrahentium manu perscriptum esse, aut si scriptum ab alio, manu eorum confirmatum: sin publica, non aliter instrumentum completum intelligitur, quam sit a tabellione exceptum, partibus prælectum, atque ab ipsis approbatum fuerit, *d. l.* 17.

Qui recusat adimplere contractum) Hoc est, qui recusat emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ, *d. l.* 17. *d. vers.* Cum enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest, *l.* 5. *C. de obl. & act. l.* 3. *Cod. de rese. vend. l.* 1. & 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando emptio contracta intelligatur, & quid intersit inter perfectionem contractus & consummationem?*
2 *Re certe vendita, diversam esse emptoris & venditoris præstationem, genere vendito, non item.*
3 *Esse qui negent, venditorem licet facultatem tradendi habeat, præcise teneri rem tradere, sed præstando id, quod interest, defungi.*
4 *Præcipua hujus sententiæ firmamenta.*
5 *Verius esse, venditorem prædicto casu præcise teneri tradere.*
6 *Hujus sententiæ potissima fundamenta.*
7 *Respondetur ad argumenta pro contraria opinione adducta.*
8 *Arrham dari vel ut symbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriusque.*
9 *Quando res in hoc contractu desinat esse integra? & duplex DD. error notatur.*
10 *Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat?*
11 *Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur?*
12 *A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse; licet arrhæ intervenerint.*
13 *Accurata contraria opinionis confutatio.*

(1) UT primum de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur, quamvis nec re tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data, *l.* 1. §. 1. *h. l. l.* 1. §. 1. *de rer. perm. l.* 8. *de peric. & comm. rei vend. & hoc text.* Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractuum a consumatione sive implemento. Emptionem & venditionem perficit solus consensus de re & pretio: consumat rei traditio & pretii numeratio, qui extremus est contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta est, nascitur utrinque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito: ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promisit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem vendita tradat emptori, tit. ff. & *Cod de action. empt.* Est autem æstatio hæc emptoris & venditoris nonnihil diversa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præstat, venditoris facere cogitur: venditor vero tantum vacuam rei possessionem tradere: quæ res, si venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum; si non fuit, evictionis tantum nomine venditorem obligat, neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem trans-

transferre, sed satisfacit obligationi, si præstet, habere licere, *leg.* 11. §. 2. *l. servus*, 30. *de action. empt. leg. si* ita, 75. §. 1. *hoc tit. l.* 1. *de rer. perm.* Hoc ideo tam varie, ut credibile est, ne usus hujus contractus impediatur. Nam etsi venditor non præcise obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum tandem, tamen consequitur emptor tradita rei vacuæ possessione, & evictione, re evicta præstita. At vero pretii, quod in pecunia numerata constitit, nullus est usus, nisi accipientis fiat. Adde, quod pretium non specie, sed in genere constituitur: generis autem debitores constat non liberari, nisi rem ex eo genere perfectæ faciant accipientis, *leg. si a substituto*, 43. §. 1. *de legat.* 1. *l. qui concubinam*, 29. §. *pen. de legat.* 3. *l. hæres*, 58. *de evict.* Quam ob causam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta si quis in genere vendidit bovem aut equum, cum Bartholo in *l.* 2. *si cert. pet. num.* 7. (3) Illud non satis expeditum est, utrum venditor, si potestatem tradendi habeat, rem præcise tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus quod emptoris interest, defungi possit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, (teste Saliceto in *l.* 4. *C. de act. & empt.*) censuerunt, venditorem etiam tum, cum facultatem tradendi habet, non posse præcise compelli, ut tradat, sed solvendo interesse liberari. Consentiunt Alciat. *ad l. un C. de sent. quæ pro eo quod inter.* Duar. *de in lit. jur. n.* 22. Don. *ad d. l.* 4. *C. de act. empt.* Fachin. 2. *contr.* 3. Gedd. *de contr. stip. cap.* 9. *n.* 65. *& seqq.* Atque eo quoque inclinant Covar. 2. *var. resol. c.* 19. *n.* 1. Bachov. *in Treutl. vol.* 1. *disp.* 28. *thes.* 2. Gudelin. 3. *de jur. nov. cap.* 7. Christin. *vol.* 3. *decis.* 55. *n.* 6. *& decis.* 61. *n.* 2. *item dec.* 75. *n.* 5. ubi refert, etiam magnum Senatum Mechliniensem secundum hanc sententiam sæpe pronuntiasse. (4) Firmamenta hujus sententiæ præcipua hæc sunt: 1. In obligationibus faciendi ita in universum jus est, ut debitor liberetur, solvendo id, quod interest, *l. si quis* 13. §. *ult. de jud. l. stipulationes*, 72. *pr. ver. Celsus de verb. obl.* at talis est obligatio, qua tenetur venditor, *arg. l. si rem*, 28. *d. l. stipulationes*, 72. *eod tit.* 2. Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur, in id quod interest, agi, venditorem non tradentem, quanti interfit, condemnari, *l.* 1. *l.* 11. §. *idem ait*, 9. *leg.* 12. *de act. empt. l.* 10. *quib. mod. pign. solv.* 3. Hoc amplius diserte scriptum est in *l.* 4. *Cod. de action. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum, cum procacia ejus sit, quominus res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obscure electio venditori tribuitur, utrum contractum perficere, hoc est, venditorem implere, & rem tradere velit, an emptori, quod interest, persolvere, *leg. contractus*, 17. *C. de fid. instr.* (5) Cæterum contra opinio tantum non ubique in praxi recepta est, pluresque habet auctores, quibus & meum calculum addo, nimirum, venditorem, cui potestas tradendi sit, teneri actione & ex empto, ut rem ipsam tradat, nec solvendo emptori id, quod ejus interest, obligationi satisfacere. Cyn. & Bart. in *d. l. stipulatione*, 72. *de verb. obl.* item Bart. & Castr. *ad d. l.* 1. *de act. empt.* Bald. in *d. l. contractus*, 17. *C. de fid. instr. n.* 14. Salic. in *d.* 4. *C. de act. empt.* Alex. Dec. Jas. ad *l.* 9. *si cert. pet.* ex modernis Gomez. 2. *resol.* 10. *num.* 22. Oldend. *class.* 4. *act.* 1. Moz. *col.* 4. *de natur. empt. n.* 26. *& seqq.* Ant. Fab. 6. *conject.* 17. qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit, *dec.* 85. *error.* 4. sed in *C. suo tit. de pact. defin.* 11. refert, Senatum Sabaudiæ secundum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt Rot. Genuens. *decis.* 214. Soar. *in thesi. recept. sent. lit. V.* venditor, *si facultatem.* Pinell. *in l.* 1. *C. de bon. matern. part.* 3. *n.* 25. (6) Fundamenta hujus sententiæ potissima sunt: 1. Rei æquitas, cui minime convenire videtur, ut emptor præcise teneatur pretium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere, ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit: denique ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere, cum potest, recusantis, emptor probationi difficillimæ ejus, quod interest, quod & ad exiguam summam plerumque deducitur, *l. ult. de stipul. prætor.* adstringatur. 2. Quod responsum est, tum non posse agi, ut venditor rem tradat, cum, quod multis modis accidere potest, tradendi facultatem non habet, *l. si cum fundum*, 68. §. 1. *h. t.* Hinc enim a contrario recte colligitur, cum eam facultatem habet, agi posse, ut tradat. 3. Rescriptum Impp. in *l.* 6. *C. de rescind. vend.* Unde sic recte infertur: Si emptor duplo pretii oblato ab emptore recedere non cogitur; igitur nec oblata præstatione ejus, quod interest, utpote cujus æstimatio in venditionibus duplum excedere non potest, *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* 4. Probatur hæc sententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur, venditorem oportere in primis ipsam rem præstare, obligatum esse, ut præstet, rem habere licere: quod absque traditione possessionis fieri non potest, *l.* 2. *l.* 3. *l.* 11. §. 2. *l. servus* 30. *in fin. de act. empt. l. Labeo* 45. *in fin. h. t. l.* 8. *de evict.* 5. Adhuc apertius *leg. bona fides*, 50. *& l. si quis*, 46. *de act. empt.* quarum in altera scriptum est, venditorem compelli rem tradere; in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem est implere contractum, aliud, id quod interest, præstare, *l. contractus* 17. *C. de fid. instr.* 6. Apertissime locum Pauli, *l. sent.* 1. 13. ubi sic scribit: *Si id, quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat, aut mancipet*, 7. Idem confirmat textus in §. 1. *hoc tit.* ubi Justinianus expresse ait, *emptione perfecta & pretium omnimodo solvendum & rem tradendam esse.* Item alter in §. 2. *sup. de donat.* ubi eamdem traditionis necessitatem, quæ incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut farendum sit, aut ei, qui donavit, necessitatem traditionis non incumbere, aut si fatemur incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. 8. Postremo non posset venditor, si jure publico ei concessum esset, rem venditam, quam tradere potest, non tradere, modo peti velit se condemnari in id, quod emptoris interest, non tradens, aut facultatem tradendi sibi adimat, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l.* 6. *C. de hær. vend. l.* 10. *C. de act. empt.* (7) Ad argumenta dissentientium non quæram operosas responsiones. Fefellit eos primum, quod putaverunt, omnes obligationes faciendi esse ejusdem naturæ, factaque nuda & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, ex. gr. Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam fodere, similia esse iis, quæ in rei alicujus præstatione & juris possessionisve translatione consistunt, quale est ejus, qui tenetur ex causa venditionis rem tradere: inter quæ multum interesse alii recte docent, *arg. leg. in conventionalibus* 52. §. 1. *de verb. obl. qui res* 98. §. *mihi* 6. *de solut.* Nam prioris generis factu sunt ejusmodi, quæ ut quis faciat, cogi non possit sine vi & impressione: & ideo, ne homini libero vis fiat, placet, in his debitorem non præcise ad faciendum, quod promisit, obliga-

ligari, immo factum hactenus tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti numquam possit, sed id solum, quod interest: neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, intra quod fieri potuit quod promissum est, ut hic post moram, quasi per speciem quamdam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id, quod interest, cujus jam præstandi necessitatem debitor evitare, & faciendo se liberare non potest, nisi ante litem contestatam, *l.14. l. stipulationes 72. l. si insulam 84. l. servum 94. §.3. pe verb. obl.* At cum res aliqua tradenda est, non tam illud agitur, ut tradentis factum aliquod interveniat, quam ut in eum, cui res tradi debet, possessio transferatur; quod si facto ejus ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non judicis auctoritate poterit possessio avocari, atque in eum, cui res tradi debuerat, transferri, per *l. qui restituere 63. de rei vind.* Dissimilitudo clarius apparebit ex paucis, quæ subjicimus. Obligationes, in quibus nudi facti præstatio versatur, incertæ sunt, *l. ubi autem 75. qui id 7. de verb. obl.* utpote in quibus id dumtaxat, quod interest, (quod vel ex ipsa pronuntiatione apparet incertum esse) ita venit, ut cum effectu peti possit, uti paulo ante demonstratum. Obligatio autem venditoris certa est, quia non continet nudum factum, sed causam bonorum, *l.52.§. 5. d.t.* id est, certæ rei præstationem cum translatione dominii aut juris usucapiendi, *l.80. h.t. l.11. §.2. leg. servus 30. §.1. de act.empt.* Ponamus ergo, rem aliquam mihi pure venditam esse: hic dubium non est, quin eam ipsam rem, quam emi, petere a venditore possim, & vel confestim, vel etiamnum post moram: ex quo porro efficitur, etiam judicem in eamdem rem venditorem victum condemnare debere, non in æstimationem, ut sententia sit conformis libello, juxta *l. ult. C. de fideic. libert.* At ex mera faciendi obligatione nec statim agi potest, neque ad facti præstationem, licet post moram, sed in id solum, quod interest, quamvis promissor faciendo ante litem contestatam liberetur, *l. si insulam 84. de verb. obl.* Quamobrem non minus vere, quam eleganter mihi scribere videtur Flavius *in suppl. ad Conn. l.7. c.ult.* si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominive aut juris alicujus translationem ordinetur; id magis pro datione, quam facto habendum esse, *arg. l. in conventionalibus 52.§.1. junct. l.ubi 75. §.ult. de verb. obl.* uti ex contrario datio ad factum ordinata pro facto magis habenda, veluti si ancilla procuratori in rem suam constituto manumittenda detur. Non obstant textus in *l.72. princ. l.75. §.7. de verb.obl.* ubi fundum tradere cum aliis, iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniunt, quod per se divisionem non recipiant, aut quod per se nude considerata incerta sint, non recte inculeris absolutam conventionem. Deinde & causa consideranda: potest enim & qui commodatum, aut precario rogat, rem sibi tradi stipulari, & a quovis possessore. Denique & restituere factum est & tradere ex causa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundo in eo decepti sunt contrariæ sententiæ auctores, quod existimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, esse alternativam, in qua constat, electionem esse debitoris, *arg.l. contract. 17. C. de fid.instr.* Nam obligatio venditoris non est alternativa a principio, sed successiva, ut scilicet teneatur in id, quod emptoris interest, (contractum implere, id est, rem tradere nequeat. Nam profecto si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non frangere fidem venditor, facultatem tradendi sibi adimens eamdem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi committere dicitur? *l. qui duobus, 21. ad l. Corn. de falsi.* aut certe stellionatus, si non dixerit mercem libenem venditoris fiat, quominus res traderetur, potest emptos ultro omissa petitione rei agere, ut consequatur quod sua interest, taxandum jurejurando actoris in litem, sed arbitratu judicis. Quo pertinet species, *l.4. C. de act. empt.* & in hanc quoque sententiam tandem concessit Bachov. *not. in parat.* Wesemb. *t. de act. empt.* VINN. Quæ hic prolixe admodum disputat Vinnius, in maximam partem vera, sed supervacua sunt. Contracta enim sententia nititur præjudicata opinione, eum, qui factum nudum promittit, liberari, præstando id, quod interest, cum tamen *l.27. de verb. obl. l.13. §.ult. de re jud. l.71. §.2. ff. de cond. & dem. l.21. ff. de lib. hom. exhib.* non dicant, promittentis in arbitrio esse, factumne an id, quod interest, præstare malit, sed stipulantem optionem habere, factum exigere, an id quod interest, petere malit, Vid. Cujac. *ad l.72. ff. de verb.obl.* Coras. *Miscell. l.11. c.3.* Huber. *Prælect. ad inst. h.t.* & quem honoris causa nomino, celeberr. Thomasius *Diss. inaug. an qui factum promisit, liberetur præstando id quod interest.* HEIN.

Argumentum est emptionis contractæ) Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emptore solet: Sed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit, convenisse de pretio, non quod sine arrharum interventu emptio non perficiatur, *l. quod sæpe 35. princ. h.t.* Datur autem arrha, vel simpliciter, ut sit argumentum dumtaxat & probatio emptionis contractæ: veluti si annulus detur; vel ut simul postea cedat in partem pretii data certa pecunia, *l.11. §. is qui vino 6. de act.empt. l.ult. de l. commiss.* Cum arrha tantum ut symbolum data est, implera emptione, id est, re tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, utilisque in eam rem est actio ex empto, aut condictio sine causa, *d. l.11. §.6. de act. empt.* cum in certa pecunia, cedit in defalcationem prætii, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, *d.l. ult. de l. comm.* Utroque autem casu hoc evenit, ut si postea placuerit emptionem esse irritam, id quod arrharum nomine datum est, emptor repetere possit, vel actione ex empto, vel etiam condictione sine causa *d.l. 11. §.6. de act.empt.* junct. *l. 2. C. quan. lic. ab empt. disc.* Et cum ergo utroque casu, etiam arrhis intervenientibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, appareat, donatione arrham neutrubi rem desinere esse integram; constanter enim traditum est, solo consensu, licet mutuo ab emptione & similibus contractibus recedi non posse nisi adhuc res sit integra, *leg. ab empt. 58. de pact. l.1. & l.2. C. quand. lic. ab empt. disc. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* (9) Quando igitur res integra esse desinit, ut solo consensu ab emptione recedi nequeat? Nimirum cum aliquid præstitum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in *d.l. 58. de pact.* puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, *d.l.* & *l.2. C. quand. lic. ab empt. disc.* & *d. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Ex quibus apparet DD. vulgo duplici in errore versari; primum quod existimant, quando arrhæ dantur in nummis, qui postea in pretium imputentur, rem non amplius,

amplius æstimari in tegram: deinde quod arrha data in argumentum contractus, res sic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione discedere, emptori cum amissione arrharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod per quam absurdum est, atque incertissima juris principia impingit. Sed de eo paulo post diligentius.

In iis autem, quæ scriptura conficiuntur) Potest contractus emptionis ex voluntate & conventione partium aliam naturam adsciscere, quam est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit, cum absque tali conventione foret, ut modo & simplici consensu, ut alias sine scriptura, perficeretur: nam non in emptione solum, sed etiam in aliis causis id usu venit, ut in permutatione, transactione, donatione, quæ non excedit 500. solidos, &c. *l. contract. 17. C. de fid. instrum.* Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter observandum est (10) Etenim in scripturis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est, (quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robur & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam), verum tunc demum, cum id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scripturam redigatur. Id vero actum intelligitur ut recte Placentinus & Aso, non tantum cum nominatim & expresse convenit, ut non valeret contractus, nisi in scripturam redactus esset, verum etiam si simpliciter convenerit, ut in scriptis contraheretur, vel, quod idem valet, si ab initio placuerit, contractum in scriptis fieri: nam & hic non obscure id agitur, ut contractus nonnisi scriptus valeat, neque ad hoc expressiorem conventionem requirit Justinianus in *d. l. contract.* 17. Consentit Gloss. *hic.* Castr. *in d. l. contract.* 17. Sichard. *ib. n.* 3. Qua etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi, aut paulo ante contractum perierint, ut calamus afferretur, ut accerseretur notarius contrahendi & conficiendi instrumenti gratia, rem in scriptis geri, & sine scriptura nihil actum voluisse censeri debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est, teste Ant. Fab. *C. suo, de testibus, defin.* 23. *& de fid. instr. de fin.* 14. quamquam dissentit Salic. *in d. l. contr.* 17. & nonnulli alii quos allegat. Et ut causæ serviat, probare videtur D. Deker. *l.* 2. *diff.* 13. *n.* 3. At vero si quod sæpe fit, post contractum initum & conclusionem negotii, instrumentum de eo confectum fuerit, scriptus potius quam in scripturis initus, contractus dicetur. Sicuti nec recte quis dixerit testamenta nuncupativa, quæ hodie frequentantur, per scripturam fieri, licet plerumque scribantur, quoniam, ut scribantur, ad substantiam eorum non pertinet, vid. *supr. §. ult. de test. ord.* Sed etsi in contractu ineundo convenerit ut de eo instrumentum conficeretur, ne sic quidem id actum intelligi debet, ut contractus in scriptis fieret, sed potius ut sine scriptura initus perfectus ad futuram duntaxat rei memoriam describeretur. Quippe in dubio, si non appareat quod actum sit, credendum est, ad probationem potius, quam ad validitatem actus, scripturam interveniisse, cum actus talis est, qui sine scriptura potest subsistere, *l.* 4. *de pign. l.* 4. *de fid. instr. l. cum ref.* 12. *C. de prob.* & ibi Bald. ut jure communi magis, quam speciali contrahentes uti videantur, *l. Imperator* 30. *de reb. auct. judic. poss. l.* 14. *de priv. cred.* Ant. Fab. *dd. loc.* DD. comm. *in d. l. contract.* 17. *C. de fid. inst.* Christ. *vol.* 3. *dec.* 29. *n.* 15. *& seqq.* Andr. Fachin. 2. *contr.* 97.

Nisi & instrumenta emptionis) (11) Quoties placet, negotium scriptura confici, non ante id pro perfecto habetur, quam in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata sit scriptura, sufficit ad completionem instrumenti, propria contrahentium manu id perscriptum esse: modo ne quod scriptum est pro prima scheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum sit; tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut scheda illa in mundum redigatur. Quod si instrumentum non ab ipsis contrahentibus, sed ab alia persona privata scriptum sit, id pro completo habetur: cum utriusque contrahentis subscriptione confirmatum est. Si vero instrumentum sit publicum, puta conficiendum per tabellionem sive notarium, id non aliter completum intelligitur, nec vires ullas habet, quam si a notario exceptum perfectumque, & partibus prælectum fuerit, atque ab ipsis approbatum, *hoc text. & dict. leg. contractus*, 16. De requisitis instrumenti publici, & quæ de morte inseri solent, vide Covarruv. *pract. quæst.* 20. VVesembec. *part. de fide instr.* Achul. *lib.* 3. *cap.* 42. *num.* 13. *& seqq. cum ibi citatis.*

Donec aliquid deest, pœnitentiæ locus est) Cum contractum in scriptis fieri placuit, scriptura ad substantiam contractus pertinere incipit: & ideo quamdiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur, & nihildum actum intelligitur, qua de causa interim etiam pœnitentiæ locus est, licetque alterutri a negotio, quod institutum est, sine pœna discedere. Cæterum hoc ita, nisi quid arrhatum nomine datum sit. Quod cum factum est, placet quidem, adhuc sine mutuo consensu recedi posse, sed emptorem consilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplum restituere, *d. l. contractus*, 17. *C. de fid. instr. & hoc nostro text.*

Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit) (12) Id est, celebrari cœpta sit; quam esse mentem Justiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, pœnitentiæ locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso aperte significat, cum contractus est perfectus, & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, pœnitentiæ locum non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Justiniani *d. l. contractus* 17. Id elucet clarius verb. *super facienda emptione*. Item *non procedente contractu*. Item *qui vendere pollicitus est, qui emere pactus est*. Quæ omnia manifeste ostendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ locum esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur esse argumentum emptionis contractæ: ex eo enim sequitur, arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto. Respondeo. Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere: cæterum nihil prohibet quominus & ante contractum dentur super facienda emptione ei, qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba *dict. leg. contractus*, 17. Et in ipso actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid, ut est in hoc textu, neque id tantum cum in scriptis res geritur, verum etiam cum sine scriptis. Neque enim statim inter partes de pretio convenit accessionum quoque & finium definitio,

sæpe tractum temporis habet, & interim aliquid arthæ nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare cœpit: ne quis alius facile prævertat: nec venditori liceat impune recedere. (13) Concedunt omnes, si sine arthis emptio celebrata sit, recedi a negotio sine communi consensu non posse: cæterum si arrhæ intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum pœnitentiæ dari, cum contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arthas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minime ferendum est. Quid enim certius hac juris sententia, obligationi semel constitutæ renuntiare invito adversario non licere? *l. 5. Cod. de obl. & act.* Atque hoc vel maxime valet in contractu emptionis & venditionis, *leg. ab emptione, 58. de pact. l. 1. & 2. Cod. quando lic. ab empt. disc.* usque adeo ut constitutum sit, nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse, *l. 3. C. de resc. vend.* Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat: quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis causa, sed confirmandæ: dantur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractæ, *hoc textt. & l. quod sæpe 35. eod.* Jam vero absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversionem ejus flecti: omnino falsum est, quod pro defensione contrariæ sententiæ affertur, datione arrharum hoc tacite agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque Interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obstat, quod is, qui nominatim in rem aliquam sibi cavet, aliis beneficiis & remediis renuntiare videtur, per *l. & habet, 15. §. 3. de precar. l. ult. Cod. de pact. conv. tam sup. dot.* Id enim tunc obtinet quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata, ut ostendunt exempla prædd. legg. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cum fit, posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, *leg. 4. §. si ex conventione, 4. de re judic. leg. prædia, 28. de act. empt.* Et sic etiam sit in proposito: nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto: ac proinde nova cautione arrharum non debet videri a priore obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscure probant Joann. Fab. *hic*, Cyn. & Bart. *in d. leg. contractus*, 17. certius confirmant Oldendorp. *class. 4. act. 2.* Wesemb. *par. num. 9.* Don. *ad dict. leg. contractus*, 17. *n. 12. & seqq.* Diod. Tulden. *ad tit. Cod. quand. lic. ab empt. disc. n. 2.* Christin. *vol. 3. decis. 70. n. 6.* & consuetudine receptam testatur Busius *ad l. 35. in fin. hoc tit.* In Gallia tamen contraria obtinet, teste Pacio in *d. l. contractus*, 17. *n. 12.*

Qui recusat adimplere contractum) id est, qui recusat, institutam emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ, quod ex iis, quæ præcedunt, perspicuum est. *Adimplere* igitur hic positum pro *proficere*; ut contra *perficere contract.*, dixit pro *implere*, *d. l. contr. 17 circa medium*. Cæterum cum proprie & distincte loqui volumus, emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium impleri harum rerum præstatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionum obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii, & rei venditæ traditionem.

TEXTUS.

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constarene venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio: Quanti ille æstimaverit, sub hac conditione staret contractus, ut si quidem ille, qui nominatus est, pretium definierit, tunc omnimodo secundum ejus estimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Si autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus & in conductionibus tradere.

NOTÆ.

1. *Nulla emptio sine pretio*) *Leg. 5. §. 1. hoc tit.* quemadmodum nec sine re, quæ veneat, *l. 8. eod.* Itaque non valet emptio donationis causa contracta, *l. 36. l. 38. eod.* nec cum dicis causa & *παρεργως*: res venditur uno nummo: quia non vera, sed imaginaria venditio est, *l. 55. eod.* & donationis instar inducit *l. 46. locat. leg. 3. l. 9. C. hoc tit.* Denique nummus unus pretium non est, *l. 10. §. ult. de acq. poss.* emptionis autem substantia consistit ex pretio, *l. 72. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Emptionis substantiam ex pretio consistere, & quid inde?*
2. *Pretium certum constitui oportere, quando id constitutum intelligatur?*
3. *Emptionem non contrahi, cum definitio pretii generaliter alieno arbitrio permissa est, secus si arbitrio certæ personæ.*
4. *Quid si res vendita sit eo pretio, quod duo periti a partibus elegendi constituent?*
5. *Arbitratoris manifestam iniquitatem corrigi posse officio judicis.*
6. *Explicatur* l. in lege 24. in princ. locat. *& alia quædam observam digna notantur.*

QUemadmodum sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur, *l. 8. hoc tit.* (1) ita nec sine pretio, quod vicissim præstetur, emptio esse potest, *l. 2. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. pacta conventa. 72. hoc tit.* ubi Papinianus ait *emptionis substantiam consistere ex pretio*. Itaque non valet emptio, quæ donationis causa contrahitur, *l. cum in venditione, 36. l. si quis 38. eod.* aut cum dicis causa prætextu pretii quæsito, res venditur uno nummo, *leg. si quis 46. locat.* quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. nuda 55. d. l. si quis 38. hoc tit. leg. imaginariæ, 16. de reg. jur.* Plane si non id actum sit, ut totum pretium condonetur sed res viliore pretio, licet donationis causa vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem. *d. l. 38.* in pretio duo desiderantur, unum,

unum, ut id certum sit; alterum, ut constituatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de posteriore & seq.

(2) *Certum esse pretium debet*) Quandium pretium incertum atque indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditor sic dicat: *Habebis rem emptam, quanti postea æstimabitur*, nihil adhuc autem intelligitur. Enimvero si traditio secuta sit, volunt DD. commun. inde resultare contractum innominatum; quam sententiam probat Fachin. 2. *controv.* 1. Buf. *in l.* 1. *de rer. permut.* contra Pinel. *part.* 2. *rub. de rescind. vend.* Gomez. 2. *res.* 2. *n.* 9. Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel simpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo constat per relationem ad rem certam; veluti si ita dicat venditor; *quanti tu emisti, quantum pretii in arca habeo*. Nam licet hic pretium in præsentia occultum sit, & apud contrahentes incertum, re tamen ipsa & in veritate certum definitumque est, *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* Bene Justinianus: *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*, §. *penult. sup. de verbor. obligat.* Quid ergo si venditor sic dixerit: *Res tibi erit empta justo pretio*, aut *eo pretio, quod justum declarabitur*? Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & justi pretii modus incertus est: quippe quod constitui non potest nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una & æquabili forma non continetur. Ita post DD. commun. Pinell. *d. p.* 2. *n.* 19. *& seq.* Gomez. *dict. loc. num.* 9. Surd. *decis. Mant.* 82. *num.* 14. Fach. 2. *controv.* 1. Assentior autem Surdo *dict. decis. in fin.* & D. Tuldeno *comment. hic*, c. 4. qui venditionem justo pretio factam valere existimant in iis mercibus, quibus publice pretium constitutum est, ut sæpe panis, vini, frumenti, carnium, aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium magistratus definit. Hoc enim casu partes per justum pretium non aliud, quam illud ipsum, quod publice determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id, quod certum est. Et hic infert Gomez. *dict. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici & similium rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

(3) *Inter veteres dubitabatur*) Dubitatum olim fuit, an valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quasi res omnis in arbitrium boni viri rejecta censeri deberet, nec incertum videri, cujus definitio pendeat a tali arbitrio; quod uno & perpetuo tenore constat. Alii id negavere, hoc forte argumento nixi quod pretia rerum æstimationes communi, non ex affectu singulorum, funguntur, *leg. pretia* 63. *ad leg. Falc.* Fuere denique, qui distinguendum existimabant, utrum electum esset arbitrium boni viri simpliciter, an vero nominatim arbitrium certæ personæ. Hanc quæstionem Justinianus *hoc* §. *& l. ult. C. eod.* ita decidit, ut si definitio pretii collata sit in arbitrium certæ personæ, puta hoc modo: *fundus ille tibi emptus est, quanti Titius æstimaverit*, hac conditione staret emptio, si persona nominata pretium definiret. Quod si ille, qui nominatus est, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum exemptio nulla sit, quasi nullo pretio constituto. Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem prætii frustra conferri, *leg. quod sæpe* 33. §. 1. *hoc tit.* ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrum debeant, an non debeant, *l.* 7. *in pr. eod. l.* 13. *C. eod. l.* 2. §. 3. *quod cert. loc.* Pinell. *dict. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 6. Gomez *de res. cap.* 2. *num.* 19.

Quanti ille æstimaverit) Arbitrator scilicet nominatim electus: nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinite collata, *l. si merces* 25. *princ. locat.* veluti, *fundus tibi emptus est, quanti alii æstimabunt*, aut *quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam personam, *argum. d. l. ult. C. hoc*, Pinell. *d. l. num.* 5. Quid vero si emptio facta proponatur eo pretio, quantum constituent duo periti eligendi, alter ab emptore, alter a venditore? Consequens est superioribus, ut dicamus, emptionem non valere: quoniam ne hic quidem certa persona designatur, adeoque eadem hic incertitudo est, quam habet designatio justi pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio: nam & hæc sic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, vel neutri improbaretur, aut ut quisque eligeret unum, qui pretium statueret, aut justi pretii modum. Quin fieri etiam potest, ut ipsi contrahentes circa electionem peritorum dissentiant: neque enim hæc peritia certum usque habet tenorem; obstat *lex* 16. §. *ult. de pignor.* (4) nam ibi negotium subsistit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello *d. loc. n.* 6. contra Fachinæum 2. *controver.* 1. & sententiam communem disputat Dom. Tuldenus *comm. hic cap.* 5. Communis tamen sententia in foro obtinet, ac consuetudine hujus sæculi potissimum inter mercatores viget. D. Paul. Buf. *in l.* 1. *n.* 8. *de rer. perm.*

(5) *Omnino secundum ejus æstimationem*) Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani *l. ult. Cod. hoc tit.* Ergo etiamsi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æstimaverit, quam valet, dicendum est, valere contractum. Sane si arbitrium Titii tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, consentiens fere omnium opinio est, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi posse. Quod sic accipiendum est, corrigi posse, non remedio aliquo restitutorio, sed officio judicis, quod actioni bonæ fidei subservit, exemplo societatis. Ut enim si partibus societatis definiendi arbiter electus partes manifeste iniquas constituerit, iniquitas arbitrii per judicem corrigitur, instituta actione pro socio, *l. in propos.* 78. *& seq. pro soc.* ita quoque si pretio declarando sumtus in contractu emptionis, aperte iniquum, & nimis magnum definierit, & venditor illud petat, poterit judex ostensa iniquitate ex officio id moderari, propter clausulam ex bona fide. Ita DD. comm. *hic & in dict. l. ult. C. eod* Quæ sententia cum sit æquitati plane consentanea, utique civiliter accipi oportet, quod hic ait Justinianus, omnimodo secundum æstimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiamsi ea dimidium justi pretii non excedat: nam ad eam, quæ excedit, rescindendam speciale remedium competit *l.* 2. *C. de resc. vend.* Inter quæ hoc interest, quod officium judicis locum non habet, nisi cum re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam juxta factam æstimationem res tradita sit & pretium solutum, officio judicis corrigi iniquitas non potest. Quod si ultra dimidium justi pretii alteruter læsus sit, hic locus est remedio rescissorio *d. l.* 2. *Cod. de resc. vend.* add. Bachov. *comm. hic*, & D. Thuld. c. 9.

Pro

Pro nihilo esse conditionem) Igitur in proposito non recurritur ad arbitrium alterius, tamquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, *l. si coita 75. pro soc.* Quin etiam Ulpianus generaliter respondet, non esse recedendum a persona ejus, cujus arbitrium insertum est, *l. si quis 43. de verbor. obligat.* Neque hic obstat, quod scriptum est, *l. in lege 24. princ. locat.* (6) si in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitratu opus approbetur, boni viri arbitrium comprehensum videri: nam istic non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, sed mercede pro opera constituta, & sic contractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. In hujusmodi specie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat: & hoc bona fides exigit. Pari de causa si quid accidentale (nam essentialia non possunt) arbitrio alterutrius e contrahentibus permissum sit, placet in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus sustineatur; qui frustraneus foret, si persona contrahentis tantum comprehensa intelligeretur; quippe in cujus potestate sit, non arbitrarii, *l. 7. princ. hoc tit. d. l. 24. locat.* In testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *leg. 12. de reg. jur.* hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum intelligatur, & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit, *leg. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. Cod. comm. de legat.*

Et in locationibus) *d. l. ult. Cod. hoc tit.* Verba pene integra constitutionis Justiniani, quæ & hoc §. repetuntur, ad Cajum in *l. merces 25. princ. loc.* appinxit Tribonianus.

TEXTUS.

In quibus pretium consistat? Differentia emptionis & permutationis.

2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valde quærebatur, veluti an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse possit? Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutationem rerum emptionem & venditionis vetustissimam esse argumentoque utebantur Græco Poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Archivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus his verbis:*

(Νῆμος δ' ἐκ Λήμνου πε ἔσαν οἶνον ἄγοντες,)
Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο τε καὶ μέσσοι Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἰθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Hoc est.

Avecta e Lemno tunc vina fuere carinis.
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi:
Ære micante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvencis,
Pars quoque mancipiis.

Diversæ scholæ auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esset: nam utramque videri & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatum, merito prævaluit: & cum aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

NOTÆ.

2. *Permutatione rerum emptionem contrahi*) Permutatio instar obtinet emptionis. Unde in ædilitio edicto cum permutatum est, uterque & venditoris & emptoris loco habetur, *l. 19. §. pen. de ædil. edict.*

Νῆμος δ' ἐκ Λήμνου) Atqui hunc versum non habent editiones pleræque, ac ne Accursiana quidem ubi versus incipiunt a verbis: ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο, κ. τ. λ. additurque, græca *hæc esse quæ non legantur*. Sed nec Theophilus hunc versum agnoscit, Paulus *l. 1. §. 1. ff. de contr. empt.* HEIN.

Anteriores D. Principes) Diocletianus & Maximianus, *l. pen. C. de rer. perm.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa dispositionis Pauli in l. 1. hoc tit.*
2 *Pretium in alia re, quam pecunia numerata, constitui non posse, ex sententia Proculi.*
3 *Excutiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus est, permutatione rerum emptionem contrahi.*
4 *Usum pecuniæ signatæ perantiquum esse.*
5 *Quibus & quam validis rationibus Proculus demonstravit, emptionem & permutationem plane diversam esse?*
6 *Defenditur Sabini & Cassii sententia.*

(1) ANciquissima ratio commutandi inutilia cum utilibus, & comparandi res necessarias permutatio fuit: quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret; alterum, quod etsi concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tandem nummo, quo res cæteræ æstimarentur, & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est, cœperuntque homines res sibi necessarias comparare, pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato; quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & secundum Nervæ ac Proculi sententiam a permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in *l. 1. hoc tit. & hujus loci.*

(2) *In numerata pecunia*) Alterum, quod in pretio desideratur, est, ut illud consistat in numeris seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit *hoc text. l. 1. §. 1. eod. l. 1. de rerum permut. l. 9. Cod. hoc tit. l. pen. C. d. rer. perm.* Enimvero si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit, consentienti postea venditori etiam alia res in solutum dari potest, contractu non mutato, *l. 9. Cod. de rescind. vend.* quippe circa formam & distinctionem contractuum

ctuum initium, non exitum, spectamus, *l.* 1. §. *idem Pomponius* 13. *depos.*

(3) *Sabinus & Cassius etiam in alia re*) Sabinus & Cassius putabant, non tantum in pecunia numerata, verum etiam in quavis alia re pretium consistere posse, rerumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiæ suæ hoc argumento, si emptio & venditio jam tum in usu erat, cum nondum esset nummus, nihil obstat, quominus & post repertos nummos sine iis consistat, &c. Assumptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib. 7. Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno advectum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo ὠνέεσθαι, quod est ἐπὶ τοῦ ἀγοράζειν, *vinum emere, mercari*. Alium locum ejusdem Poetæ, & qui magis pro hac sententia facit, Paulus, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* subministrat ex libro 1. *odyss. circa fin.*

Τλωΐτεσι δαίφρονι πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

id est, *quam* (Euricleam ancillam) *olim Laertes emerat possessionibus suis*. Nerva vero & Proculus contra disputabant, pretium non nisi in nummis posse consistere, contractumque emptionis & venditionis a permutatione multum differre: quibus etiam cæteri fere assenserunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Cassii ex Homero non putabant esse magni ponderis. Nam verbum ὠνέομαι esse ambiguum, quod pro subjecta materia & ad permutationem & ad emptionem accommodari possit: & ideo apud Poetam *d. loc.* ad permutationem potius quam ad emptionem referendum: quod etiam Paulus notat *d. l.* 1. *hoc tit.* Illa quidem

πρίατο κατὰ θυμόν,

Sabini opinionem magis juvant; nam verbum πρίασθαι proprietate & vi sua non potest ad alium contractum, quam ad emptionem referri: & tamen emptio ista sine nummis facta est, sive verba Homeri sic interpretare, *emit possessionibus*, aut *facultatibus suis*, id est, *de suo*, sive ut alii: *emit & emptam præfecit facultatibus suis*, ut subaudiatur præpositio ἐπὶ: quoniam mox subjicit Poeta, pretium datum esse viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad approbandum, emptionem ibi revera contractam fuisse: quippe cum Poetæ, dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpe negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas, quam si sequimur, statuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non esse, nisi nummi intervenerint, etiamsi dictum sit, me fundo meo emisse fundum tuum, & ideo Plinius *lib.* 33. *c.* 1. ex Homero eandem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, improprie loqui credendus est, cum dicit, Græcos *vinum* emptitasse *coriis bovum*, &c. Illud ex antiquis historiis, adeoque ex ipsa historia Moysis *Genes. c.* 23. & *c.* 42. *cum aliquot seqq.* constat, usum nummi & signatæ pecuniæ antiquissimum esse, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *lib.* 7. *c.* 56. (4) scribit, Liberum Patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Moysis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum, quamquam primus nummorum auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longe recentior fuisse fertur. Strabo *lib.* 8.

Diversæ scholæ auctores contra.) Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant pretium rei venditæ in alia re consistere posse, quam in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus a permutatione. Sic vero illi argumentabantur. In contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium, & merces: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, ita & aliud pretium, aliud merces esse. At in permutatione uti discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, ita nec utra res videatur venisse, utra pretii nomine data. Ratione autem non pati, ut dicamus, utramque & veniisse, & pretii nomine datam, *l.* 1. §. 1. *in fin. hoc tit. l.* 1. *de rer. permut.* Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tandem obtinuit, & constitutionibus Principum comprobata est, *l. pen. C. de rer. permut.* Paulus in *d. l.* 1. *de rer. perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed sufficit ei ad evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari de dolo malo: itaque si evicta res non sit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem *d. l.* 1. pr. junct. §. 3. *n.* 2. Quod in emptione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §. 2. *ejusd. l.* congruit *l.* 3. *C. eod.* Sed utrumque hoc est a civili jure Romanor.

Aliis Homericis versibus) Puto eos versus significari, quos Paul. *l.* 1. §. 1. *h. t.* citat ex *lib.* 16. *Iliad.* ubi Poeta refert, Glaucum centum boum arma aurea permutasse cum æreis Diomedis armis novem boum. (5) Quo loco utitur verbo ἀμείβω quod est proprium permutationis. Eosdemque versus in hanc sententiam etiam Theophilus citat. Sed profecto parum in utramque partem valere debet auctoritas Poetæ, quem dici potest, dum metro servire cogitur, verborum proprietatem insuper habuisse.

Validioribus rationibus) Validissimum illud argumentum est, quod in contractu emptionis res & pretium distincta esse debent: quod nec Sabinus negabat: & tamen necessario inde sequi videtur, pro re non posse aliam rem ut pretium dari, sed opus esse pecunia signata: alioqui emptionem non esse, sed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique & Nervæ sententia speciose disputantur. (6) Cæterum sit, quod res est, fateri & libere philosophari volumus, verior est illa Sabini & Cassii, qui rebus etiam invicem permutatis rite venditionem perfici dixerunt, eamque esse antiquissimam emptionis & venditionis speciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis citra nummum fierent, utique venditor ab emptore, pretium a merce distinguebatur: atque hoc tum ex rebus ipsis, quæ dabantur, tum ex animo & proposito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei suæ distrahendo permutabat, erat venditor; qui alienæ habendæ, emptor. Æs, ferrum, aurum, argentum, rude pro pretio erant: sed & per boves quoque rerum æstimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum, quod e Lemno in castra Achæorum advehebatur, merx erat, qui advehebant venditores, Achæi autem emptores; pretium quo vinum comparabant, æs, ferrum, bubulæ pelles, boves, &c. Dydimus in Homer. οἱ μὲν ὠνοῦντο τὸν οἶνον, οἱ δὲ ἐπρίαντο. Laërtes emptor Euricleæ, pretium viginti boves. Idem Poeta arma Glauci & Diomedis pretio æstimans dicit, illum ἑκατόμβοια, hunc ἐννεάβοια habuisse. Quod si negamus, permutationem veteribus usitatam venditionis

& em-

& emptionis nomine appellandam, cui hæc omnia in suis permutationibus distincta nominibus agnoscunt emptorem, venditorem, mercem, pretium, ὠνὸν ὠνητὸν, πρᾶσιν, πρατὸν φύσιν? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ signatæ res alia, puta æris, argenti aut ferri rudis massa, aut quid aliud, quod in ἀντωνίαν detur pretio fungi queat, licet ex nummi usu certius hæc distincta? Est tamen species aliqua permutationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione plane diversa, & in qua nullo modo discerni potest, uter emptor, uter venditor sit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem suam cum altero permutat, qui nec ipse rem alienam emptam velit; sed cum ita inciderit, ut huic res alterius, illius alteri placeat, si de commutando invicem convenerint, veluti si arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur: quod genus permutationis Græcis proprie ἀμοιβὴ, Gallis troc, Batavis *ruyling*, appellatur: quibus verbis emptionis & venditionis nomina minime conveniunt. Fusius in hanc sententiam differit doctiss. Salmas. *lib. de usur. cap.* 13. & tanto judice in hac quæstione vincit schola Cassii & Sabini. VINN. speciosa hæc magis quam solida. In permutatione adfectio magis regnabat: in emptione ad justam æstimationem respicitur. Nimirum antequam nummus inventus esset, nullius rei certa erat æstimatio, deficiente quippe mensura communi, quæ omnium rerum quantitas moralis æstimaretur. Permutabant itaque homines res necessarias, non quasi ejusdem pretii essent, sed quod par in utrasque caderet affectio. Et hujusmodi permutationem vel ἀμοιβὴν recte Proculus emptionem venditionem dici posse negabat, cum hic nullum esset verum pretium, nulla rei æstimatio. Ast semel constituto pretio eminente, id est, nummo, etiam permutatio ita fieri potest, ut res permutandæ prius certo pretio æstimentur, & tunc res pro pretio veluti in solutum dentur, e. gr. Si mercator unus piper suum æstimet mille aureis, & alter in hoc pretium consentiat, hi porro vini quantitatem eodem pretio æstimet, & alter in illud consentiat, facta sane permutatione harum mercium dici potest, emptionem venditionem mutuam factam, & utrumque merces pro pecunia in solutum dedisse. Sed de hujusmodi permutatione non disputarunt Proculus & Sabinus. HEIN.

TEXTUS.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3. *Cum autem emptio & venditio contracta sit, (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur,) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longe minor aut deterior esse cæperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui venit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen vendicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuriæ actione.*

NOTÆ.

3. *Cum sine scriptura*) Et pure: nam si sub conditione, non ante emptio perficitur, quam conditio impleta sit; & ideo interim periculum venditorem respicit; *l. 7. hoc tit. l. 8. de per. & commod. rei vend.* cui respectu pariculi similis venditio, vini, olei, &c. pretio in singulas amphoras aut metretas constituto, *l. 35. §. 5. hoc tit.* est, si quis v. c. vendiderit decem boves in genere; nam genus perire non potest, *leg. 11. Cod. si cert. pet.*

Periculum rei venditæ) Id est, certæ speciei. Aliud

Emptori tradita non sit) Dummodo culpa aut mora venditori non interfuerit, *l. 23. l. 91. §. de verb. oblig.*

Sine dolo & culpa) Emptio & venditio est contractus, in quo utriusque utilitas versatur. Itaque ex natura horum contractuum venditor non nisi dolum & culpam præstat *l. 5. §. commod.*

Damni injuriæ) Ex lege Aquilia, v. *infr. lib. 2. tit. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa juris constituti de periculo & commodo rei venditæ.*
2 *Quando emptio perfecta intelligatur: ex quo de periculo & commodo statuendum?*
3 *Periculi nomine plerumque quidem etiam casum fortuitum intelligi, sed non semper.*
4 *Quid, si res vendita, quæ pondere, numero, mensura constet?*
5 *Quid si vinum, quod venit, degustatum sit, nondum admensum?*
6 *Conventione naturam contractus immutari posse: & quid si culpa aut mora venditoris intervenerit?*
7 *Auctoritas & rationes, quibus evincitur, rei venditæ periculum statim ad emptorem pertinere.*
8 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ, & explicatur l. 33. locat.*
9. *Quid juris apud nos ex constitutione Caroli Quinti 1529.*
10 *Venditorem levis duntaxat culpæ, non etiam levissimæ nomine teneri, nisi custodiam rei in se susceperit.*
11 *Cur vindicatio rei & cæteræ actiones hic memoratæ ante traditionem emptori non competant, sed a venditore ei præstandæ?*

INtroducitur hoc loco quæstio de periculo & commodo rei venditæ & nondum traditæ, ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditorem ne, an ad emptorem. Quæstio insignis, & quæ separatim propriis t. ff. & Cod. explicari meruit. (1) Summa juris de hac specie constituti hæc est: Placet, simul atque emptio perfecta est, licet res nondum tradita sit, omne commodum, & vicissim omne periculum atque incommodum rei, quod sine facto venditoris contigit, emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita, *l. 7. l. 8. de per. &*

commod. rei vend. l. 1. l. 4. l. pen. & ult. Cod. eod. l. quod sæpe, 35. §. si res, 4. hoc tit. l. 5. §. ult. de resp. vend. cum similibus, & hoc text. Quamobrem necessario sciendum est, quando emptio perfecta censeatur: tunc enim scimus, cujus periculum aut commodum sit. (2) Et quidem si pura est emptio, & sine scriptura negotium gestum, statim & perfecta intelligitur, ut de pretio convenit: si in scriptis rem geri placuit, instrumento confecto; tunc enim obligatio constituta est, a qua sine communi consensu recedere non licet; sed hoc solum restat, ut partes fidem contractus impleant, emptor pretium persolvat, venditor rem tradat, ad quod ille actione ex vendito, hic actione ex empto compelli potest, de quo uberius explicatum est in *princip. hujus tituli.* Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur, cum impleta fuerit conditio, *leg. 7.* tunc ea perficitur, cum impleta fuerit conditio, *leg. si quis, 37. hoc tit. d. l. 8. de peric. & commod.* Itaque ubi pure res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit: ubi sub conditione, cum conditio exiterit: nam si defecerit conditio, nulla est emptio: pendente autem conditione, quod damnum aut commodum contingit, ad venditorem pertinet, ut tamen si res adhuc extet, licet casu aliquo deterior facta, placeat, hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in *d. l. 8. de peric. & commod. rei vend.* facit *leg. 10. eod. l. 5.* Col. *eod.* Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *leg. 4. l. 11. de reb. cred. l. si gratuitam, 17. §. 1. 2. pen. de præscript. verb. l. 12. cum 2. leg. seqq. de peric. commod. l. 1. Cod. de commod. l. 9. Cod. de pign. action.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstamus, & maxime leviss imam; non etiam casum improvisum, *leg. 13. §. 1. de lib. caus. l. qui mercedem, 40. locat. leg. non ob eam, 25. pro soc. l. 14. §. qualis, 16. de furt. l. 1. §. sæpe, 35. depos. l. 3. princ. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire, periculo culpæ, negligentiæ subjici, adstringi, illigari, l. unic. §. quod si, 4. furt. adv. naut caup. l. tutores, 39. §. tutores, 12. & l. seq. de adm. tut. dict. l. 1. §. sæpe, 35. depos.* (4) In quæstione proposita prior significatio obtinet. In rebus, quæ pondere, numero, mensura, constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quæ in cæteris, ita ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, (utique ratione periculi) quam si admensæ, appensæ, adnumeratæ sint. Est vero in his rebus probata hæc distinctio, ut si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio seu aversione venierit, idem juris sit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, statim ut de pretio convenit. Quod si hæc non uno pretio, sed ita venierint, ut singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius quantum ad periculum perfecta videatur venditio, quam res hujusmodi adnumeratæ, admensæve sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in *leg. quod sæpe, 39. §. in his, 5. hoc tit. l. 2. Cod. de peric. & commod rei vend.* Ergo si quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem, non ad emptorem id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione, *l. 1. de peric. & commod. dict. l. 2. Cod. eod.* (5) Quid autem dicimus, si vinum degustatum sit, sed nondum admensum? non poterit verum esse, quod diei solet, plenissime videri venisse vinum, cum fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare, *dict. leg. dict. peric. & commod.* Id enim tunc recte dicitur, cum singulatim emptæ sunt certæ vini amphoræ, perfectaque venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam causam esse degustandi vini, aliam metiendi: gustum enim ad id tantum proficere, ut improbare liceat; mensuram vero non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur, *l. si emptione, 34. §. alia causa, 5. hoc tit.* Proinde facta etiam degustatione, cum nondum perfecta emptio est, periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris non minus quam substantiæ, spectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Plane si emptor vina degustaverit, & male probaverit, jam tum forte acida, aut mucida, de se queri debebit, nec eo solo prætextu, quod nondum perfecta sit emptio, ea improbare postea poterit, quæ semel probavit, *leg. si vina, 15. de peric. & commod.* vid. Gloss. & DD. *in d. l. quod sæpe, 35. §. 4. & 5. hoc tit. ad l. 1. π. l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.* Gomez. 2. *variar. resol. cap. 1. n. 32.* Afflict. *decis. 280. n. 4. & decis. 399.* Anton. Capec. *dec. Neap. 14.* eleganter Anton. Fab. *Cod. suc de peric. & commod. rei vend. defin. 1.* Christin. *vol. 3. decis. 74.* (6) Atque ita quidem, ut diximus, res se habet ex natura contractus. Cæterum sciendum est, naturam contractus posse immutari conventione contrahentium, atque effici, ut & damnum, quod post perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, sed ad venditorem pertineat, & quod ante perfectam emptionem contingit, pertineat ad emptorem; *leg. 1. l. 10. de pec. & commod. rei vend.* quippe contractus ex conventione legem accipiunt, *leg. contractus, 23. de regul. jur.* Præterea regulam, secundum quam periculum post perfectam venditionem ad emptorem respicit, non sequimur, si res perierit, aut deterior facta sit culpa venditoris: sed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriusque utilitas versatur, ut dolum & culpam venditor præstet, *leg. 5. §. 2. commod. dict. leg. 23. de reg. jur.* Pertinet huc species *leg. 12.* junct. *leg. 14. in princ. de peric. & commod.* Postremo & mora venditoris regulam mutat, facitque, ut periculo rei venditæ etiam post perfectum contractum venditor subjiciatur, *leg. 4. leg. ult. Cod. eod. tit.* Sed hic vires recipit regula, si postea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, *leg. illud, 17. dict. tit.* estque hoc jus commune omnium debitorum, *leg. 5. de reb. cred. leg. si ex legati, 23. leg. si servum, 91. §. 3. de verb. obligat.*

(7) *Periculum rei venditæ ad emptorem statim pertinet.*) Hoc constanter a veteribus traditum est, cum omnibus illis locis, quos superius in hanc sententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, ut *leg. 10. §. 1. leg. 11. de peric. & commod. l. 2. §. 1. l. 4. §. idem, 4. de in diem addict. l. si ea res, 31. de act. empt. l. ult. de cond. caus. dat. l. 15. de jur. dot. l. 11. §. plane, 9. & seq. quod vi aut clam. l. soluturus, 39. de solut.* efficiturque etiam his rationibus. 1. Quoniam casus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præstantur, *l. 6. C. de pig. act.* immo in universum nullo judicio, *l. 23. de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, venditor non nisi dolum & culpam in re vendita præstat, *leg. 5. §. 2. commod.* 3. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, si ea res sine cul-

culpa eorum perierit, *leg. si ex legati*, 23. *de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* 4. Quia ad quem pertinet commodum, is secundum naturæ regulam & incommodum ferre debet. Atqui illud pertinet ad emptorem, &c. (8) Objicitur tamen huic sententiæ *l. 9. C. de pign. act.* ubi Impp. consulti, si res pignori data casu perierit, utrius in detrimentum sit, debitorisne, an creditoris? respondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit sententiam, ut necesse sit rem perire ei, qui rei dominus est. Hoc autem si verum esse fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interim esse, eamque non emptori perire, sed venditori, utpote qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, *hoc §. in fin.* Respondeo, male ex *d. leg. 9.* generaliter colligitur, rem semper perire suo domino; sed hoc recte, perire suo domino, si idem dominus sit & creditor in ea re, id est, cui res ex obligatione restitui debet: uti accidit in re deposita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione sortis debitor dicitur, sed in repetenda re pignorata creditor est. In his, inquam, omnibus recte dicitur, si res debita casu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem est creditor qui dominus: est autem regula certi & perpetui juris, si res debita sine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *leg. 5. de reb. cred. l. 23. de verbor. obligat.* At ex diverso, si idem qui dominus rei est, sit & debitor ejusdem rei, puta ex causa legati, stipulationis aut venditionis, semper adversario res perit, domino nunquam, quod efficitur ex eadem regula, secundum quam creditori res perit, etiamsi dominus non sit, debitori non perit, quamvis idem sit dominus *dd. loc.* Unus locus Africani in *leg. si fundus*, 33. *de locat.* turbavit summos viros, Cujacius *tract.* 81. *ad African.* Borcholt. Vultejum *hic*, ut contra tot expressos textus & manifestam rationem juris putarint, & docuerint, periculum rei venditæ, usque dum tradita sit, ad venditorem pertinere. Ego vero nihil video apud Africanum, quod hanc sententiam juvet. Ait Africanus: *Si fundus venditus prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Igitur in specie illic proposita res proprie non periit, sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cum evenit, tenetur venditor actiones suas emptori præstare, *leg. 14. princ. de furt. & in calce hujus.* §. Quod si nullas actiones venditor habeat, aut, ut in casu *dict. leg. si fundus*, 33. culpa sua inanes, ob hoc ipsum damnandus est, *leg. quod sæpe*, 35. §. 4. *hoc tit.* utique uti pretium restituat *dict. leg. si fundus*, 42. Recte autem Doctores statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris; nam ut forte injuria judicis id factum sit, tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potius venditori nocere, adversus quem sententia lata est, quam emptori, *leg. si peric. 51. de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet hactenus, saltem teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet: si quid pluris emptoris interfit, ut fit, cum res judicio evicta est, *leg. si in venditione*, 60. *leg. evict. 70. de evict.* Sed & si fundus usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat, cum eo casu a fisco iterum tantundem accipiat. VINN. Sed nihil horum in textu *leg. 33. ff. locat.* exprimit Africanus. Nec enim culpa venditoris fundum publicatum ait, nec usus publici causa. Rectius credideris fundum nullo venditoris merito, sola belli injuria publicatum, qualia exempla sunt apud Virgil. *Eclog. 1.* nec non in *leg. 11. ff. de evict. & leg. 15. de rei vind.* Hoc casu enim nulla nec naturalis, nec civilis ratio est, cur injuria venditori facta ejus personam egredi, & emptori nocere debeat. Rem expedivit Vir Clariss. Gerard. Noodt. *Comment. ad Pandect. lib. 18. tit. 6. pag. 416. seq. Tom. 21. Op.* HEIN. (9) Hæc autem dispositio juris civilis circa periculum rei venditæ & necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: sed an item rei immobilis venditæ ante traditionem coram magistratu loci rite factam periculum æque ad emptorem spectet, dubitatur propter Constitutionem Caroli Quinti editam anno 1529. qua constitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis quæ facta non est coram judice loci, ubi res sita: aut si sint bona feudalia, coram partibus Curiæ, Grotius 2. *introduct. cap. 6.* paucis casibus exceptis, vide Groenevv. *de leg. abrog. ad tit. 23. lib. 3. Institut.* Agitata fuit hæc quæstio incidenter apud Curiam Hollandiæ. Plerique censuere, Carolum Principem hac sua constitutione etiam in hoc a jure communi recessisse, quod rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem pertinere voluerit: quamquam Senatus nihil definivit, sed propter opinionum varietatem amplius deliberandum censuit, *decis. Cur. Holland. 32.* Groe. *dict. tract. ad hunc §.* memorat, Curiam postea judicasse, nihil juri scripto in eo, de quo quæritur, per dictam constitutionem Carolinam derogatum videri.

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est) Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *leg. 10. de regula juris*; proinde cum omne incommodum rei venditæ, quod post perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, *leg. 1. de peric. & commod. rei vend. leg. 1. Cod. eod.* veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, *hoc text. & dict. leg. 7.* item fœtus pecudum, partus ancillarum, *leg. penult. Cod. de act. empt. leg. 8. de evict.*, fructus etiam jam maturi, *leg. 13. §. si fructibus. 12. leg. qui pendentem, 25. de action. empt. leg. fructus*, 13. *Cod. eod.* mercedes ex operis, aut venturis; pensiones ex locatione, *dict. leg. 13. §. item*, 13. *de action. empt.* add. Don. *ad leg. 1. Cod. de peric. & commod. rei vend.* Gomez. 2. *resol. v. num. 11.* Covarr. 1. *resol. 15.* & Christ. *vol. 3. decis. 72.*

Quod si fugerit homo, &c.) Non tantum si res vendita perierit, aut deterior facta sit, damnum emptoris est; verum etiam si ex potestate venditoris exierit, ut tradere eam non possit, veluti si fugerit homo aut aliud animal, quod veniit, aut res quilibet surrepta amissave fuerit. Est vero eadem hic probata distinctio, quæ in casu rei corruptæ aut peremptæ, videlicet, ut si culpa venditoris tale quid evenerit, venditoris detrimentum sit; si culpa venditor careat, emptoris, *leg. quod sæpe*, 35. §. *si res*, 4. *hoc tit. l. si ea res*, 31. *de action. empt. & hoc text.*

(10) *An custodiam ejus usque ad traditionem*) In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas,

cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa, *leg.* 2. §. 2. *commod.* ac proinde etiam custodia & diligentia a venditore exigitur, non utique summa & exactissima, sed media, id est, talis, qualem vulgo bonus & frugi paterfam. rebus suis adhibet: quam si præstiterit, securus esse debet, *dict. leg. quod sæpe*, 35. §. 4. *hoc tit.* Non obstat *lex* 2. *in fin. aut leg.* 3. *de peric. & commod.* quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, venditis; in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, *l.* 1 §. 1. *dict. leg. quod sæpe*, 35. §. 5. Fusius hoc jam ante explicui. At enimvero speciali conventione arctius venditor obligari potest, puta, ut præster etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, *l. contractus*, 23. *de regul. jur.* Quod tunc etiam agi intelligitur, cum venditor custodiam rei in se suscipit, id est cum convenit, ut venditor custodiam præstet: alioqui nihil operaretur illa conventio, cum, ut jam dictum est, medi cris custodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præstetur. Itaque custodiam in proposito accipere debemus *αυκλω ἀκριβεστάτω*, custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, fac. *leg. qui mercedem* 40. *locat.*

(11) *Si non susceperit, securus est*) Suscepta rei venditæ custodia, nihil venditorem excusat præter casum & vim majorem: non suscepta excusatur, si sine dolo aut culpa ejus servus fugerit, res surrepta aut amissa sit, *dict. leg. quod sæpe*, 35. §. 4. *hoc tit. l. si ea res*, 31. *de act. empt.* Intellige hactenus, ut cum eo agi ex empto non possit, ut rem tradat, aut solvat interesse: nam ad alia adhuc tenetur, quæ sine incommodo suo præstare potest, ut mox audiemus.

Utique tamen vendicationem &c.) Quamvis venditor, cujus dolo, aut culpa, aut, in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut surrepta hactenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit: ut rem tradat, aut præstet interesse; nihilominus tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, *dict. leg. quod sæpe*, 35. §. 4. *hoc tit. l. si ea res*, 31. *de empt. l.* 14. *pr. l. si vendidero*, 80. *de furt. & hoc text.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vendicatio rei, condictio, actio furti, & damni injuria.

Vindicationem & condictionem) Condictionem intellige furtivam, quæ venditori datur, cum res furto ablata est. Neutra harum actionum alii competit, quam domino, ut videbimus *infr.* §. 1. *de action. &* §. *ultim. de oblig. quæ ex del.* Et hæc causa est quod emptori in proposito competere non possunt, quippe qui dominus non est, ut mox sequitur.

Adhuc ipse dominus est) Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem, *d. l.* 14. *princ. de furt. leg. si ager*, 59. *de rei vend.* adeoque in universum ita jus est, ut non nudis pactis aut contractibus, sed traditionibus dominia rerum transferantur, *leg.* 20. *Cod. de pact.* Quinimmo etsi res emptori tradita sit, dominium tamen a venditore non recedit, antequam ei satisfactum sit, *leg. quod vendidi*, 19. *leg.* 1. *hoc tit.* §. *venditæ*, 41. *supr. de rer. divin.* ubi hoc a nobis explicatum est.

Idem est de furti & damni injuriæ actione) Non solum condictio re vendita ante traditionem furto ablata, venditori competit, sed etiam pœnalis actio furti: non quod hæc actio soli domino detur, sed quia rem non emptori, sed venditori surreptam proponimus: alioquin omnibus ea actio datur, quorum interest rem salvam esse, si videlicet his ipsis surrepta sit. Et igitur cum hic solus venditor actionem furti habeat, eam quoque mandare emptori debet, *d. l.* 14. *princ. leg. si vend.* 80. *de furt.* Damni injuriæ actio lege Aquilia constituta est, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio soli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in proposito competit, & emptori cedenda est. De damno injuria dato agitur *infr. lib.* 4. *tit.* 3.

TEXTUS.

De emptione conditionali.

4. *Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest. Sub conditione, veluti*, Si Stichum intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

NOTÆ.

4. *Tam sub conditione*) *Leg.* 7. *hoc tit. leg.* 9. *de peric. & commod. &c.* Potest & pure sic contrahi, ut sub conditione resolvatur, *leg.* 3. *eodem leg.* 5. *Cod. de resciud. vend.* quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maxime celebratæ, quarum altera addictio in diem, altera lex commissoria dicitur, vid. *tit. de die in diem addict.* & *tit. de leg. commiss.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptionem contractam sub hac conditione, si res emptori intra certum tempus placuerit, valere; non valere indefinite ita contractam, si emptori placebit: & cur tam varie?*
2 *De retractatu conventionali & legitimo remissive.*
3 *In diem addictio & lex commissoria quomodo transigantur.*

COntractuum omnium hoc commune est, ut non pure tantum, sed etiam sub conditione iniri possint. At enimvero hujusmodi conditio, *Si res intra certum diem placuerit*, non reniere in ullo contractu, si venditionem exceperis, occurrit. In venditione autem frequens est: nemo enim facile aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cum res ita venit, ut esset empta tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium consensum est, sed obligatio conditione suspenditur; quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta sit: si minus, nulla videatur obligatio fuisse. Itaque non est contrarium, quod placet hujusmodi emptionem non valere, *Quanti voles*, vel, *Si placebit*, habebis emptum, *leg. quod sæpe*, 5 *hoc tit. leg.* 13. *Cod. eodem*; (1) ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circumscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrum obligetur, necne, *leg.* 7. *hoc tit.* At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde quod his formulis, *Quan-*

ti voles, *Si placebit*, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, *dict. leg. quod sæpe*, 35. §. 1. *& dict. leg.* 13. In casu autem hic proposito, ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali arbitrium emptori datur, sed de re in conventionem deductæ qualitate duntaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione improbationeve, arbitrio contrahentium permitti possunt, Gomez. 2. *var. resolut.* 2. *num.* 19. Porro ut sub conditione emptio potest contrahi, ita & pure sic contrahi potest, ut sub conditione resolvatur; cujusmodi conventionum exempla occurrunt sub *tit. Cod. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cum ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, *leg.* 3. *hoc tit. leg.* 6. *Cod. de rescind. vend. l.* 4. *Cod. de ædil. act.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat: quippe qua conventione non perfectio contractus a voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, *leg. quod si nolit*, 31. §. *si quid*, 22. *de ædil. edict.* Gomez. *dict. loc. & num. in fin.* (2) Ejusdem generis est pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocumque, vel intra certum tempus pretium referendi res vendita restituatur, *leg.* 2. *Cod. de pact. inter emptor. & venditor*, & ibi Doctor. Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilitii seu legitimi, cujus olim vix usus, nunc frequens. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tiraquellus. Legitimum nostro idiomate *Naesting* dicitur, quod jus, quibus personis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet D. Grot. 3. *introduct. ad jurisprud. Bat. cap.* 16. consule porro Groenew. *de leg. abrog. leg.* 14. *Cod. de contr. empt. & ibi laudatos*. Duæ conventiones ex hoc genere præcipue celebrantur, propriisque explicantur *tit.* addictio in diem, & lex commissoria. (3) Addictio in diem his verbis transigitur: *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat*, *leg.* 1. *& passim de in diem add.* Lex commissoria est, cum quid ita venditur, ut si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inepta, *leg.* 2. *& pass. de leg. comm.* Utroque isto modo pure contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione, nisi aliud diserte placuerit, veluti, si in additione id factum est, ut perficeretur emptio, nisi melior conditio offeratur: tunc enim emptio conditionalis est *leg.* 2. *de in diem add. l.* 1. *& l.* 2. *de leg. comm.* Sed de his opulentius, favente Numine, tractatu proprio.

TEXTUS.

De emptione rei, quæ non est in commercio.

5. *Loca sacra, vel religiosa, item publica, (veluti forum, basilicam,) frustra quis sciens emit: quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, eum decepturn non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum venditio recte fiat, aut secus?*
2 *Quid juris si uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit?*

SIne re, quæ veneat, emptio intelligi non potest, *l.* 8. *hoc tit.* Res hæc ut plurimum certa est: nonnumquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur, *dict. l.* 8. *l. fistulas*, 78. §. *ult. eod.* cui non absimilis est quasi alea emptio, ut luti cum captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiamsi decuplo pluris sit, quam pretium constitutum: si nihil inciderit, emptor pretium constitutum nihilominus præstare cogitur, quia spei emptio est, *dict. l.* 9. §. 1. *hoc tit. l. si factum* 12. *de act. empt.* Omnium autem rerum, quas quis habere, vel obsidere, vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio est, *leg. si in emptione*, 34. §. 1. *hoc tit.* Ratio perspicua est, quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *leg. cum manum.* 80. §. *ult. eod.* & utique saltem ad hoc obligatur venditor, ut præstet, rem habere licere, atque ut usucapiendi conditionem in emptorem transferat, quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Est autem hic quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta sunt, in obligationem non magis recte deducuntur, quam quæ non sunt in rerum natura, nec esse possunt, §. 2. *supr. de inut. stip.*

(2) *Frustra quis sciens emit*) Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quæ venit, non esse in commercio, emptio plane nulla est, *l.* 6. *l. si in emptione* 34. §. 2. *l. liberi*, 70. *hoc tit.* Sed & talis emptio liberi hominis improbata est, *cum servus erit*: quamvis enim res futuræ emi possunt, tamen fas non est hujusmodi casus expectari, *dict. l.* 34. §. 2. vid. *sub. dict.* §. 2. *de inut. stipul.* Illud quæritur, an si emptor sciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium solutum condici possit? Bartholus in *leg. cum lex*, 46. *de fidejuss.* putat, condici posse, *arg. l.* 11. §. *ultim. de act. empt.* quod etiam placet Gomez. 2. *resol. n.* 50. contra Angel. & Fabian. de Monte. Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota vel ex parte combusta, docet Jurisconsultus in *leg. domum*, 57. *per tot. hoc tit.*

Deceptus a venditore, &c.) Si locus sacer, religiosus, publicus, aliave res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet, emptionem contrahi, *l.* 4. *eod.* sive venditor quoque conditionem rei ignoret sive ille sciat, emptor ignoret solus, *l. liberi*, 70. *eod.* Cæterum explicandum hoc est ex Modestino in *leg. qui officii*, 62. §. 1. *eod. & hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere tenere liceat, cum res, quæ extra commercium est, haberi, possideri nequeat: sed hactenus tantum, ut si venditor sciverit qualitatem rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua intereat, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque feci-

feciſſet, quominus eam tradere poſſit; neque enim actio de dolo hic deſideratur, cum ſufficiat ex empto: quippe quia cum res ipſa præſtari nequit, emptor in id quod ſua intereſt, experiri poteſt, *leg. 1. l. 11. §. idem ait, 9. de actiin. empt.* Quod ſi nec venditor qualitatem rei ſciverit, æquum eſt, hactenus ſaltem eum teneri ut pretium, quod accepit, reſtituat, *arg. d. l. 11. §. ult. de act. empt. l. ſi fundus, 33. locat.*

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Dig. Lib. 19. Tit. 2. C. Lib. 4. Tit. 65. & Lib. 11. Tit. 70.

Continuatio. Quid ſit locatio? In quibus differat ab emptione? Quotuplex ſit, tum quæ res aut facta locationem recipiant.

SEcunda ſpecies contractuum, qui ſolo conſenſu perficiuntur, eſt locatio conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione, ac pene totus hic titulus conſumitur in explicandis utriuſque contractus ſimilitudinibus & differentiis. Locatio conductio eſt contractus, quo id agitur, ut pro uſu alicujus rei aut opera perſonæ certa merces præſtetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia eſt, & quidem principalis, quod in emptione id agitur, ut dominium transferatur, id eſt, ut res tota cum omni jure ad emptorem tranſeat; in locatione, ut duntaxat uſus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera naſcitur, quod emptio titulus perpetuus eſſe ſolet, locatio temporalis. Quinimmo non dominium modo apud locatorem remanet, *leg. non ſolet, 36. hoc tit.* verum etiam poſſeſſio, & conductor tantum in poſſeſſione eſſe & rem detinere dicitur, *§. 5. infr. de interd. l. 9. de rei vind. l. 3. §. cæterum, 12. l. 9. de acquir. poſſeſſ.* & paſſim alibi. Unde conſtitutum eſt, ut ſi conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuſet rem conductam reſtituere, moras uſque ad definitivam ſententiam nectens, tanquam invaſor rei alienæ condemnetur, & ad rem ipſam reſtituendam, & inſuper ad præſtandam rei æſtimationem, *l. pen. C. hoc tit.* quod an praxis horum temporum obſervet, poſtea videbimus. Oſtendit definitio, duo eſſe genera locationis, rerum unam, alteram operarum ſeu factorum. Locari poſſunt res omnes, quæ in commercio ſunt, tam mobiles, quam ſoli, etiam incorporales, ut uſufructus & habitatio, *§. 1. & penult. ſupr. de uſu & habit.* ſervitutis tamen prædii nulla locatio eſt, *l. locare, 44. hoc tit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, ſed hactenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id, quod intereſt, ſi dominus conductorem frui non patiatur, *l. 7. l. ex conductio, 15. §. pen. cod.* Facta non omnia locationem recipiunt, ſed ea ſolum, quæ mercede æſtimari poſſunt, qualia ſunt, exempli cauſa, tabulam pingere, inſulam ædificare, aliquem aliquo vehere, *leg. 5. §. 1. de præſcr. verbor.* At verbi cauſa ſervum manumittere, male factum non eſt, quod mercede æſtimetur: ideo ſi tibi decem dem, ut ſervum manumittas, non eſt locatio, *d. l. 5. 2.* cui accedit, quod contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud eſt, ſi rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promiſſa, *leg. rogaſti, 10. §. 1. de præſcript. verbor.* Opera agrimenſoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, ſed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali perſona locationem & conductionem non eſſe, *leg. 1. ſi menſ. falſ. dix.* De opera advocati, medici cæteriſque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem ſtatuendum.

TEXTUS.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventione.

Locatio & conductio proxima eſt emptioni & venditioni, iiſdemque juris regulis conſiſtit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, ſi de pretio convenerit; ſic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, ſi merces conſtituta ſit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

COMMENTARIUS.

1 *Communia emptionis & locationis.*
2 *In locatione operarum diverſo reſpectu eundem & locatorem dici & conductorem.*
3 *Circa locationem agrorum quædam ſingularia apud Hollandos conſtituta: & an diſpoſitio l. pen. C. hoc tit. in praxi hodierna ſervetur.*

(1) LOcatio & conductio finitima eſt emptioni & venditioni, iiſdemque fere juris regulis continetur, *leg. 2. hoc tit.* Nam ut ſine re, quæ veneat, nulla eſt emptio, ita ſine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio ſolo communi conſenſu de re pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, ſi de uſu rei & mercede convenerit. Merces reſpondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum eſſe debet ſaltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia nnmerata conſiſtit, ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio eſt, quæ donationis cauſa fit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio eſt, quæ donationis inſtar inducit, *leg. ſi quis, 46. hoc tit.* Ut illic, ita etiam hic ex bona fide omnia exquiritur, nec dubitandum eſt, quin beneficio *l. 2. C. de reſc. vend.* etiam locus ſit in locatione & conductione DD. comm. *in dict. leg. 2.* Denique interdum propter ſimilitudinem vix emptio & locatio internoſci poſſunt. Quæ omnia certius poſtea intelligentur.

Si merces conſtituta ſit) Duplex hic indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima eſt, quod conveniunt cauſa efficiente, id eſt, quod nuda conſentientium voluntate contrahuntur, nec aut litteræ, aut rei alicujus præſtatio ad conſtituendam obligationem deſideratur, *leg. 1. hoc tit.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium conſtitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia eſt, quam quod æſtimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur, æſtimatio uſus rei, quæ in locatione fit, mer-

merces: quæ tamen quoniam nihil aliud est quam pretium usus, & ipsa sæpe pretium appellatur, *l. quod si*, 28. §. 2. *l. ea lege*, 51. §. 1. *l. insulam*, 58. *princ. hoc tit. l. ult. de leg. Rhod. l.* 10. *in fin. de acq. poss.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet, & pensio dicitur, *ex conducto*, 15. §. 4. *li sed addes*, 19. §. 1 §. *si quis*, *l. quæro*, 54. *hoc tit.* Utrum autem ut pretium rei venditæ, ita & merces locationis in pecunia numerata consistere debeat, an in aliis quoque rebus consistere possit, dicam inferius sub §. 2. *hoc tit.*

Locatori locati actio, conductori conducti) Uti in emptione simul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque, ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti ambæ directæ. In contractu emptionis facile discerni potest, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus; in locatione rerum res certa est: nam is semper hic locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. (2) At in locatione operum non tam facile id dignosci potest. Interdum enim qui operas præstat, & mercedem accipit, locator dicitur; is, cui præstantur operæ, & cui mercedem dat, conductor, *l. sed addes*, 19. §. *pen. l. item si*, 22. §. 2. *l. qui operas*, 38. *h. t. l.* 1. *de æstim. act.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, *l.* 11. §. *pen. l.* 13. §. 1. 2. & 3. *d. l. sed addis*, 19. §. *si quis*, 7. *d. l. item si*, 12. §. 2. *l. si merces*, 25. & *pen. & pass. hoc tit.* Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eumdem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis idem sit operæ locator, & locator operis idem operæ conductor: quam distinctionem subministrat *d. l. item*, *si*, 22. §. 2. *h. t.* & *d. l.* 1. *de æstim. act.* Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, v. c. si quis se erudiendum locet magistro aut artifici, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor specialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publicanus vel manceps veteribus dicitur. VINN. Sæpe quis locator, quisve conductor sit, ex eo judicandum, a quo contractus incipiat: quippe qui locare dicitur, vid. *l.* 19. §. 9. junct. *l.* 22. *ff. h. t.* Cujac. *observ. lib.* 2. *c.* 28. (3) Si ne sic quidem res ad liquidum perduci potest, actione præscriptis verbis experiendum *l.* 1. §. 1. *ff. de præscr. verb.* HEIN. Apud nos locatio agrorum non procedit sine interventu instrumenti aut publici aut privati, nec absque instrumento locationis ullo colono jus est agro conducto frui. Extat de ea re constitutio Caroli Principis edita anno 1515. confirmata *art.* 30. *ord. polit.* Præterea scribit D. Grotius *ib.* 3. *manud. act. ad Jurisp. Rat. c.* 19. instrumento super locatione fundi non confecto, locationem non tantum nullius esse momenti, verum etiam colonum, hæredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos, & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei usque dum lis contestetur, præterquam quod rem ipsam domino restituere, impensas refundere, damnum omne sarcire compelluntur, etiam mulctari in dimidiam partem pretii rei conductæ, quamvis postea parati sint dominum admittere. Quod si in detentione pertinaciter perseverent usque ad sententiam definitivam, tunc suæ quasi invasionis hanc pœnam pati, ut post restitutionem rei, damnique omnis & impensarum refusionem, in totius insuper rei æstimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam *art.* 33. *de ord. polit.* constituentur. Sed in desuetudinem jam dudum abiisse asserit Groenevv. *de leg. abrog. ad leg. penult. §. de locat.* Constitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, sed judicis puniri aut mulctari, habita ratione qualitatis personæ & facti. A Zenone sane in genere constitutum est, ut conductores qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem usum rei conductæ retinet, atque injus vocati rem domino petenti ante sententiam definitivam non restituunt: cogantur præter rem ipsam etiam æstimationem rei victori domino tanquam invasore præstare. Cæterum in praxi Galliæ, & supremæ Curiæ Mechlinienſis hoc non observari, conductoremque hoc casu teneri dumtaxat ad damna & interesse, notat Christin. *vol.* 3. *decis.* 109. *n.* 2. & *decis.* 118. *num.* 5. & *seqq.* & Autumn. *ad dict. leg. penult. Cod. de locat.* quamvis insuper etiam Judicis arbitrio mulctari possit.

TEXTUS.

De mercede collata in arbitrium alienum.

1. *Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Quo de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori facienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed nostra tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur; sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.*

NOTÆ.

1. *Fulloni polienda*) Gloss. vet. λαμπρὰ, καθαρία. Officium fullonis est polire, curare, lavare, *l.* 3. *hoc tit. l.* 48. §. 4. *l.* 82. *de furt. l.* 2. *de cond. fin. caus. Plin.* 37. *c.* 17.

Non proprie locatio) Sed novum negotium a locatione separatum proprium nomen non habens, & ideo hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, *leg.* 1. *l.* 2. & 3. junct. *leg.* 22. *de præscr. verbor.*

COMMENTARIUS.

1 *Actio præscriptis verbis unde dicta?*

SI alieno arbitrio pretium) Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita in hac merces in arbitrium certæ personæ, puta L. Titii, conferri potest: hoc scilicet effectu, ut si quidem Titius mercedem definiverit, contractus ratus habeatur; sin minus, nullius momenti sit, *l. si merces*, 25. *pr. hoc tit. l. ult. Cod. de contr. empt.* Huc accommodanda sunt, quæ notavimus sub §. 1. *præc. tit.*

Nulla statim mercede constituta) Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus est, ut pretium statim seu initio contractus constituatur, & quidem certum saltem per relationem; ita quoque ad contrahendam locationem necesse est, ut protinus constituatur certa merces: mercede initio non constituta, quasi deficiente

parte

parte hujus contractus essentiali, in aliud negotium res incidit. Et siquidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ex mercede, quæ postea constituetur, contractus innominatus. *Facio ut des.* Et ideo præscriptis verbis agendum est, *l. si tibi, 22. de præscr. verb.* §. 2. *in fin. supr. quib. mod. re contr. oblig.* §. *ult. infr. de mand.*

(1) *Actio præscriptis verbis*) Ad quam confugere necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus exiitunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *l.* 1. *& 3. seqq. de præscr. verbor.* Dicta est actio præscriptis verbis, ut multis doctis viris placere video, ex eo, quod præscriptis verbis, rem gestam demonstret, & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest etsi rescripto Alexandri, quod est in *l. 6. C. de transact.* ubi Jurisconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocutione actionem hanc describit: *Aut enim, inquit, stipulatio conventioni subjecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Ob eamdem quoque causam hæc actio dicitur in factum, *l.* 1. *& pass. de præscr. verb.* Et interdum plena oratione præscriptis verbis in factum, *l. Titius, 24. dict. tit.* Alia Franciſci Hotomanni conjectura est. VINN. Contractus nominati habebant certum nomen, certamque causam. Unde non opus erat, ex iis acturis, factum, quod inter contrahentes intercesserat, prolixe enarrare: sed sufficiebat, modo genus contractus nominaretur: ex. gr. *AJO TE MIHI EX MUTUO DARE CENTUM OPORTERE.* Prætori enim jam notum erat, quale illud factum sit, quod inter creditorem & debitorem intercedere soleat. At in contractibus innominatis factum erat enarrandum, ex. gr. *AJO TE MIHI MERCEDEM, DE QUA INTER NOS CONVENERIT OB POLITA VESTIMENTA TUA DARE OPORTERE.* Hinc dicitur actio incerta, *l. 6. C. de rer. permut.* incerti, *l. 7* §. 2. *ff. de pact.* in factum, *l.* 13. §. 1. *l. 22. fin. ff. de præscr. verb.* & quia formulæ hujusmodi actionum a Max. præscribi solebant, præscriptis verbis. Vid. Val. JCtis *lib. 7. c. 2. & antiq. nostras Rom. lib. 4. tit. 6.* §. 2. HEIN.

TEXTUS.

In quibus rebus merces consistat?

2. *Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam, sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem a te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus. Veluti si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodare, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit, neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio quia non fuit commodatum gratuitum, verum præscriptis verbis agendum est.*

NOTÆ.

2. *Placuerit inter eos*) Et unus a sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies commodaverit; nam si conventio placiti tantum fine stetit, nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur, *l. 7.* §. 2. & 4. *de part. l. 27. C. de locat. l. 3. C. de rer. perm.*

Præscriptis verbis agendum) *d. l. 17.* §. 3. *de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paul. *l. 5. d. tit. Do, ut des: Do ut facias: Facio, ut des; Facio, ut facias,* ad postremum videtur species proposita pertinere.

COMMENTARIUS.

1. *Non magis pretium seu mercedem locationis, quam pretium emptionis in alia re consistere, quam in pecunia numerata.*

2. *Add. l.* si olei 21. C. hoc tit.

ETiam hic locus pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit. Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concesso contraheretur locatio & conductio? Placuit autem, nec illic emptionem esse, quia pretium non intervenit; nec esse conductionem, quia non intercedit merces, *leg. si convenerit* 23. *comm. divid. l. si gratuitam,* 17. §. 3. *de præscr. verb.* Atque omnimodo credibile est, ob eamdem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hic intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re consistere potest, quam in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis similitudo, atque eadem plane utriusque ratio. Utrumque enim æstimatio est, alterum rei totius, alterum temporanei usus: quæ tamen æstimatio & ipsa revera nihil aliud est quam pretium, eoque nomine etiam frequenter a nostris appellatur, ut superius demonstravimus. Jam vero constat, res omnes æstimari pecunia; extra pecuniam rem unam æstimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem; ac proinde cum in utroque contractu aliquid æstimandum veniat, in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quam in illa, pretium nummarium intervenire oporteat; quod etiam multis auctoritatibus confirmari potest. Ulpianus in *l. si convenerit,* 25. *comm. div.* scribit, si inter socios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent, locationem non esse, propterea quod nulla merces intercesserit. Idem in *l.* 1. §. *si quis* 9. *depos.* negat, locationem esse ubi pecunia non datur, in *l.* 5. §. 2. *de præscr. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit huc, *l. si merces,* 22. §. *vis major, 6. hoc tit.* junct. *l. si apes.* 26. §. 1. *de furt.* Quibus locis colonus partiarius opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Postremo huc faciunt loci, in quibus simpliciter pecuniæ, nummorum, pretii mentio fit. Ut in *l. quod si,* 28. §. 2. *l. si quis,* 46. *l. si decem,* 52. *l. insulam,* 58. *& pass. hoc tit. l.* 1. *in fin. mand.* Neque hic excipere quis potest, omnibus istis locis appellatione pecuniæ res quasvis, aut certe fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, *l. 7.* §. 3. *de SC. Maced.* Et cum rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur: apparetque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam

ctam a contractibus innominatis naturam. Unus maxime locus est, qui Corasium *lib. 2. miscellan.* 11. Pinell. *ad leg. 2. Cod. de resc. vendit. part. 2. rubr. cap. 3. n. 29.* aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse, videlicet *l. si olei*, 21. *Cod. hoc titul.* (2) Sed dupliciter responderi potest; primum cum Saliceto proponi in *dict. l. 21.* casum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Etsi autem tale negotium a natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, nonnihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium usu receptum videri, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tanquam mercede, utenda data sit, hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non absimiles colonis partiariis, excepto eo quod coloni partiarii, incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt, & quasi societatis jus cum dominio fundi habent, *l. si mares*, 25. §. *vis major*, 6. *hoc tit.* Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, *l. 9. C. de resc. vend. l. sed addes*, 19. §. 3. *l. hæc* 35. *in fin. h. t.* Atque ad ejusmodi casum *d. l. si olei*, 21. pertinere. Etsi enim fundus is ponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata. Quippe non est novum, ut quod postremum placuit, solum exprimatur, quasi quod maxime spectatum fuit. Idem responsum esto *ad leg. 8.* & *ad d. leg. excepto* 17. *Cod. eod.* Ita sentiunt Glossa, Bart. & comm. DD. *in d. l. 5. §. 2. de præsc. verb. & d. l. si olei*, 21. *C. hoc tit.* Gomez. 2. *resol. 3. n. 3.* Fachin. 1. *controv.* 82. Christin. *vol. 3. decis.* 109. *num.* 12. ubi etiam arresto supremæ Curiæ Mechlin. hanc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus *comm. hic c. 4.* cum D. Busio *ad leg. 2. hoc tit.* distinguit inter locationem operarum & rerum, quasi illic merces in pecunia tantum, hic etiam in alia re constitui possit: quod etiam ante eos tentavit Greg. Lopez. 1. *animadvers. 15.* distinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc distinctio duplici vitio laborat, 1. quod juxta eam pro mercede domus locatæ res fungibilis solvi possit. 2. Quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud quam pecunia?

Sed proprium genus contractus) Si convenerit tantum, ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum est simile placito permutationis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse cœpit, id est, ubi unus a sua parte conventionem implevit, *synallagma* esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium* 7. §. 2. & §. 4. *de pact. l. 3. C. de rer. perm.* quemadmodum in proposito si unus bovem suum per denos dies secundum conventionem ad opus faciendum concesserit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter usum rei, qui in his omnibus conceditur: sed tamen neque locatio est, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit mutuum usum præstari: commodatum autem debet esse gratuitum §. 2. *in fin. sup. quib. modis re contr. oblig.* verum est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis competit, *l. si gratuitum*, 17. §. 3. *de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paulus, *l. 5. d. tit. De, ut des: Do, ut facias; Facio, ut des, Facio, ut facias*; ad postremum videtur species proposita pertinere.

TEXTUS.

De Emphyteusi.

3. *Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio; ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque hæredi ejus, cuive conductor hæresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, & a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & siquidem aliud pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particulari, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.*

NOTÆ.

3. *Perpetuo fruenda*) Jus emphyteuticum natura sua perpetuarium est, *l. 1. C. de off. com. sac. pal. l. 1. & 3. C. de loc. præd. civ. lib.* 11. ex conventione tamen temporarium esse potest, *l. ult. si ag. vect.* modo ne ad modicum tempus constituatur, *arg. l. 1. §. 3. de superfic.*

In prædium vendiderit) Cæterum cum vendere cupit domino prius offerre debet emendi prærogativam, juxta dispositionem *l. 3. C. de jur. emphyt.* alioqui jure suo cadit. In donatione autem idem postulari non nisi inique potest. Plane inductio & honorarium (quod barbare laudemium), in omni alienatione necessaria, *d. l. 3. circa fin.*

Lex Zenoniana) Originem autem a Zenone non trahit. Vid rotom.

Siquidem aliquid pactum) Pactiones in emphyteusi servandæ tam quæ sunt circa ipsam emphyteusim, quam quæ circa personam emphyteutæ, ejusque rejectionem, *l. 2. Cod. eod.* Si nihil aliud nominatim cautum, tum si emphyteuta triennium integrum pensionem solvere cesserit, jus suum ei adimi potest, *d. l. 2.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. quia verum, C. de Sacros. Eccles.*

COMMENTARIUS.

1 *Contractus emphiteuticus quid, & cur dubitatum olim, pro emptione venditione, an pro locatione conductione habendus esset?*

2 *Origo hujus contractus & progressus, unde nomen emphyteuseos, & utrum etiam in ædibus constat?*

3 *Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo, quod actum est.*

4 *Fol-*

4 *Folli, qui in contractu emphyteutico solo consensu jus prædii transferri putant.*
5 *Præstationem canonis partem esse hujus contractus essentialem: & quanto tempore emphyteuta, non soluto canone, jure suo cadat? aliaque in foro agitata.*
6 *Quo conditione emphyteuta jus suum vendere, aut alter alienare possit? Et quid hic juris apud Batavos?*
7 *Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid a Zenone acceperit?*
8 *An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria?*
9 *Contractus censualis & emphyteuticus quomodo differant?*
10 *An emphyteutæ similiter remissio canonis, ut conductori merces, in casu insolitæ sterilitatis præstanda?*

SUnt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit, utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sit. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & est tale: Dominus prædium suum alicui habendum & fruendum in perpetuum tradidit, certa pensione in singulos annos constituta ea lege, ut quamdiu pensio domino solvetur, tamdiu neque ipsi colono, neque iis, qui in locum ejus successerunt, prædium auferri possit. (1) Dixeris; hic esse venditionem, si spectes id quod agitur de re transferenda; hoc enim agitur ut plenissimum jus utendi, & veluti dominium quoddam in perpetuum transeat, quod & in hæredem & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei, cui hoc jus constitutum est, utilis in rem actio contra quemcumque possessorem competit, *l. 1. §. 1 si ag. vect.* Rursum dixeris, esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item si spectes pensionem annuam; talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cum in venditione unum pretium statuatur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam.

(2) *De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda)* Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter sumptus quos in illorum cultura atque insitione, seu ut nunc loquuntur, melioratione, ferri necesse erat, in perpetuum, aut certe ad longissimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & conferrentur, idque modica pensione, quæ veri domini memoriam conservaret; quamquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem conditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati sunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteusis, a verbo Græco ἐμφυτεύω, quod Latinis est, *insero, implanto*. Dicuntur & agri vectigales, a vectigali, id est, pensione seu canone, qui a possessoribus solvitur. Nam vectigal quemlibet reditum significat. Cicero. in *paradox. 6. Et tenui meo vectigal aliquid etiam redundat*. Cæterum usu veterum fere soli agri publici ista conditione locati vectigales appellantur, *l. 1. si ager vectig.* Quæsitum est, an in ædibus quoque emphyteusis consistere possit. Nonnulli negant, quoniam lex insitionis, quæ est de originaria essentia hujus contractus, in ædibus locum non habet. Sed verius est, etiam in ædibus tale jus constitui posse, *authi. si quas ruinas, Cod. de Sacrosanct. Eccles. l. 15. §. si de vectigalibus, 26. de damn. infect.* Ait, *perpetuo fruenda*. Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *l. 1. Cod. de offic. com. sac. palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, *l. 1. & 3. Cod. de locat. præd. civil. lib. 11.* quamquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dummodo id modicum sit, *L. ult. si ag. vect. l. 1. §. 3. de superfic.* VIIN. In jure nostro promiscue accipiuntur agri vectigales & emphyteutici, *rubr. tit. sign. ag. vectig. id est, emphyt. pet.* Alias tamen illi his patent latius. Vectigales erant Romanis omnes etiam culti publici, qui hostibus erepti, vel inopi plebi militibusve ex legibus agrariis dividebantur, vel aliis in perpetuum locabantur, constituto annuo vectigali. Ejusdem generis agros habebant municipia, ex quorum reditibus ædes sartæ rectæ servabantur, aliaque onera municipiorum ferebantur. Et hi quoque aliis in perpetuum locati vectigales dicebantur, de quibus proprio titulo Digestorum paulo ante laudato agitur. Vid. *l. 1. ff. si ag. vectigal. id est, emphyt. pet.* Cum vero & agri inculti & novales hac lege locari solerent, hi specialim dicti sunt emphyteutici, qui & in eo differebant a vectigalibus, quod cum his vectigal, quod in frumento consistebat, imponi soleret, hic pensio annua & quidem satis tenuis exigeretur. At postea & agri culti, immo & ædes & prædia sub lege emphyteutica dari cœperunt. Multa quæ ad agrorum vectigalium atque emphyteuticorum originem pertinet, erudite ex Romanis Antiquitatibus explicavit Vir Clarissimus Petrus Burmann. *de Vectigal. Popul. Roman. c. 1. 2. & 3.* HEIN. (3) Cæterum ut emphytheusis constituta censeatur, id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventione, & ex eo, quod actum est, Wesemb. *par. hic num. 8.* Dom. Bronch. *2. assert. 67.* Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi dominii, *l. non solet 39. hoc tit.* Dom. Joann. a Sande *lib. 3. tit. 6. de fin. 10. circa fin.* Sane non est assentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quæ lustrum egrediuntur, constituere jus emphyteuticarium. Absurdum enim est, ei, qui ad septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti possidetis, jus alienandi, servitutem imponendi, novum opus nuntiandi, quæ omnia emphyteutis concessa esse constat. Ait, *quæ traduntur*. (4) Recte Interpretes statuunt, ante traditionem prædii jus reale seu rem dominium in emphyteutam non transire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed in personam tantum. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis est, ut rem aliquam aut jus aliquod immediate nostrum faciant, sed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præstandum obstringant duntaxat, *l. 3. de obligat. & act.* junct. *l. traditionibus 20. C. de pact.* adeoque perspicue falluntur, qui existimant, peculiare esse in hoc contractu, ut solo consensu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum separavit ab emptione & locatione, & per se firmum esse voluit, sed non constituit, ut contra communem contractuum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem transiret.

(5) *Quamdiu pensio præstetur)* Præstatio pensionis seu canonis pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati dominii, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet domino, expulso emphyteuta, agrum auferre. Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo volente domino cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat, *leg. 2. Cod. de jure-*

jur. emphyt. In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur. *auth. qui rem, Cod. de Sacrosc. Eccles.* Enimvero si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsum sine protestatione receperit, renuntiasse caducitati videtur, per *l. penult. de leg. commiss.* Guid. Pap. *quæst.* 171. Clar. §. *emphyteusis quæst.* 10. Anton. Fab. *Cod. suo hoc tit. definit.* 16. Perez. *in Cod. hoc tit. in fin.* D. Grot. 2. *introduct.* 40. Quin etiam etsi cum protestatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapsum post tempus quo res in commissum cecidit, nihil tamen hoc dominum juvat. Clar. *d. quæst.* 10. Fachin. 1. *controv.* 99. Christin. *vol.* 3. *decis.* 122. *num.* 9. Sed & celeri satisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphyteusi civili moram purgari posse, argum. *c. ult. de locat.* censet idem Clar. *d.* §. eoque jure non quoque uti scribit Grot. *d. loc.* & ita judicatum refert Coren. *observ.* 22. quamvis communis sententia sit, emphyteuta privati moram purgare non posse. Clar. *dict. loc.* Sichard. *ad leg.* 2. *num.* 20. *Cod. hoc tit.* Fachin. 1. *controv.* 98, secundum quam judicatum refert. Afflict. *decis.* 174. ad Christin. *vol.* 1. *decis.* 157. Quæritur autem, an dominus emphyteutam propter canonem triennio non solutum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, per *l. non singulis* 176. *de reg. jur.* 17. *Cod. uteri.* Vid. Clar. *d.* §. *q.* 11. Sichard. *d. loc. num.* 16. Fachin. *d. lib.* 1. *contr.* 95. loci de expulsione loquuntur, intelligendi de expulsione legitima, quæ fit auctoritate judicis. Grot. *lib.* 2. *intr.* cap. 40. Coren. *obs.* 5. Mornac. *ad l.* 2. *Cod. de jur. emphyteut.*

(6) *Vendiderit, aut donaverit*) Emphyteuta non solum possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem. Et vendendi quidem etiam, cui velit: cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alioqui jure suo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menses a facta denuntiatione tantundem offerat, *l.* 3. *vers. sed ne hac, Cod. hoc tit. de jur. emphyt.* Donandi vero vel cum alio permutandi etiam domino irrequisito. Utique tamen tenetur domino significare, donare se aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam, accepto laudimio, quæ pars est quinquagesima pretii fundi, in possessionem admittat juxta *dict. leg.* 3. *in fin. & ibi.* Jas. *solumn.* 14. *& seq.* Sichard. *d. num.* 18. *& seq.* Prolixius hæc executio *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 2. Apud nos extra specialem conventionem, aut contrariam consuetudinem, passim usu servatur, ut emphyteuta jus suum etiam vendere irrequisito domino possit. *Dec. Cur. Holland.* 49. sed habet dominus jus πρωτίμησεως seu retractus, eoque uti potest intra annum, ex quo scire cœperit, prædium esse alienatum. Gr. 1. 4. *introduct.* 40 ubi etiam refert, quibusdam in locis observari, ut alienato jure aut per successionem transeunte, canon pro eo tempore duplicatus vice laudimii solvatur. VINN. Vere ergo domino tantum competit jus πρωτιμήσεως, adeoque errant, qui hic longum tractatum instituunt de feudo sine consensu domini non alienando. Feudi enim dominus alienationem potest prohibere, quod non potest dominus emphyteuseos: quamvis ei futura alienatio denuncianda sit, ut possit secum statuere, ipse ne jure πρωτιμήσεως uti, an extraneo emptori fundum concedere malit. HEIN.

Les Zenoniana lata est) Zeno *l.* 1. *C. hoc tit.* constituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis titulis adjiceretur, sed tertium hoc jus esset, ab utriusque memoratorum contractuum societate separatum; utque conceptionem ac definitionem haberet propriam, justusque esset ac validus contractus, ex quo in posterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius ageretur. (7) Unde Interpretes nostri inferunt, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis: ac proinde non juri gentium, sed civili Romanorum attribuendum esse. Quod probare non possum. Etenim non ordine temporum, sed ratione hæc distingui oportet. Quicquid enim ejusmodi est, ut ab aliquo excogitatum & institutum moveat omnium opinionem de se, quasi ad usum vitæ communis conducens, id juri gentium adscribi debet, vid. *sup. de jur. nat. gent.* ubi demonstramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere sunt etiam locationes perpetuæ, quippe quas non minus quam temporales omnes gentes sibi communes fecerunt. Emphyteusis vero nihil aliud est quam in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio. Sed nec illud verum est, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis, ac ne illud quidem omnino a Romanis originem habere. Sibylla Cumana antiquior est, per ea, quæ legimus apud Mosen *Genes.* 74 *vers.* 44. *& seqq.* Joseph. 2. *Antiquit. Judaic.* 4. Aristot. 2. *OEconom.* Zenonis autem lege aliud effectum est, quam ut hic contractus, cum antea dubitaretur, emptioni an locationi aggregandus esset, separatam ab utraque illa conventione haberet naturam. Itaque novam contractus speciem Zeno fecit; sed eam, quæ sub emptione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutiens detexit, ut disputat Coras. 1. *misc.* 21. *n.* 4. (8) Plane si vera est communis DD. opinio, ex lege Zenonis ad constitutionem & substantiam contractus emphyteutici necessariam esse scripturam, (quæ opinio probari videtur verbis legis, *scriptura interveniente*), juri civili hic contractus adscribi potest: non utique mero, sed mixto, argum. *l.* 6. *de just. & jur.* Sed multi tamen censent cum Gloss. non prohiberi fieri sine scriptis, licet dicatur fieri in scriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo scripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod sine ea nolit contractum subsistere; sed quia ad probationem rei gestæ in loco contractus necessaria est; cujus alioqui fides decursu temporis ad quod extenditur, vacillare potest, mortuis iis, qui testes adfuerunt. Conan. 7. *comm.* 12. Perez. C. *hoc tit. n.* 2. Addunt alii, perpetuum non esse, quod duo ablativi absolute positi conditionem contineant, seu ut vulgo loquuntur, causam importent finalem, §. 1. *supr. de testam. mil. l.* 24. *eod.* Denique esse hunc contractum bonæ fidei ad cujusmodi contractus substantiam scripturam desiderari non sit credibile. Sed & usus communem opinionem reprobat, testibus Bart. & Angel. *in d. l.* 1. *hoc tit.* Paris. *lib.* 3. *consult.* 177. *n.* 16. *& seqq.* Socin. *cons.* 169. *n.* 12. Roland. 2 Val. *cons.* 87. *n.* 11. & nominatim de moribus nostris testatur Grot. 2. *int. oduct.* 40. Clarus tamen *d.* §. *emphyteusis quæst.* 4. negat consuetudinem istam esse generalem, ac proinde melius ac tutius fore, ut in praxi adhæreamus opinioni communi; utique iis in locis, ubi contrarium consuetudine receptum non est: quod & supremam Curiam Mechlinensem aliquando censuisse refert D. Christin. *vol.* 3. *decis.* 1. 119. *n.* 5.

(9) *Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem*) Horum verborum non hic sensus est, post constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habere cœpisse: sed cœpisse specialem contractum peculiarem & distinctam

ctam habentem naturam ab emptione & locatione, cum quibus antea confusus erat; atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluisse credendum est, quod efficere non potuit, ne scilicet contractus hic similitudinem quamdam cum illis duobus retineret, & hactenus ad utrumque inclinaret. Simillimus, ut obiter hoc dicam, contractui emphyteutico est contractus censualis. Sed hoc interest quod etiam verum & directum dominium in censuarium transfertur, cum illud in constitutione emphyteuseos apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus non ut emphyteutæ in recognitionem dominii de re aliena, sed de re nostra: & ideo qui censum recipit, jus caducitatis ob cessationem non habet. Joann. Fab. *ad hunc §. circa fin.* Jas. *in l. C. de jur. emphyt. n. 39. ff. pref. in locs ab emphyteusi ad cens.* Clar. §. *emphxteusis, qu.* 1. n. 2. Grot. *introduct.* 46. Baron. 2. *comm. hic, part. ult.*

Ac si naturalis esset contractus) id est, haud secus ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens, ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt, *l.* 23. *de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus sulciri potest, ut hic loquitur Justinianus: non tantum circa præstationem periculi, sed etiam circa durationem & caduciratem, id est, intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens jus suum amittere debeat, *l.* 2. *C. de jurr. emphyt.* & Cujac. Ferret. & Hotoman. legunt, *ac si naturalis esset contractus*: quomodo & Theop. legisse ex paraphrasi apparet: & recte sane, τὰ γὰρ ἐπὶ τοῖς συμφανῆ ἴδια φύσιν δίδοσθαι τοῖς συναλλάγμασι Theod. Hermop. *in l.* 23. *de reg. jur.*

Siquidem totius rei interius) Nisi quid aliud nominatim cautum sit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis vero rei ad emphyteutam, qui hoc casu nihilominus integram pensionem præstare tenetur, *l.* 1. *C. eod.* (10) Quapropter nec ob sterilitatem remissionem pensionis petere poterit. Neque est contrarium, quod eo casu locatione pensio remittenda est, *l. ex conducto* 15. §. 2. *& seq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum qui ex fundo percipi solent, constituitur: in emphyteusi autem canon non pro fructibus, sed in recognitionem dominii præstatur. Plane si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit ut proportione fructibus respondeat, puto, ei succurrendum esse, & tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quam ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quasi quædam potius locatio: justa mercede facta sit, quam initus contractus emphyteuticus. Nec movere non debet, quod verba contractus non sonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus sequimur id quod actum est: nec tam nomen conventionis inspiciendum, quam natura & conditio negotii quod geritur. Clar. *Emphyteusis, q.* 8. *n.* 7. *& seq.* Gail. 2. *observ.* 23. Ant. Fab. *C. suo de jur. emphyt. def.* 36. Diff. Fachin. 1. *contro.* 89. D. Tuld. *in C. de jur. emphyt. num.* 4.

TEXTUS.

De forma alicui faciendi ab artifice.

4. *Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbis gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiæ quidem emptionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum in hypothesi proposita, utrum emptio contraheretur, an locatio?*

2 *Regula generalis, unde in hujusmodi casibus emptio & locatio dignoscantur.*

(1) AFfert hic Justinianus aliud exemplum negotii, quo dubitatum, emptio venditio contraheretur, an locatio conductio, nimirum, si mihi cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi faceret ex sua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim hic emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris esse locationem propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur: operæ autem emptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simplicem hunc contractum esse dicebat, sed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & scilicet materiæ atque in hypothesi proposita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum negotium censeri, tantumque emptionem & venditionem, *leg.* 2. *hoc tit.*

Placuit tantum emptionem & venditionem) *d. l.* 2. Si cum aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos, mihi, cum eo convenisset, ut eos certo pretio mihi daret, primo dubitaret, emptionem & venditionem tantum contrahi. Quid autem in proposito refert, res jam facta sit ab artifice, an adhuc facienda, cum utrobique in pretio constituendo non materiæ solum, sed etiam artificii ratio habeatur? (2) Sic vero in universum habendum est: Si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, aut annulos, vestem, tegulas, &c. ut nihil aliud quam pecuniam demus, emptionem esse, atque emptionem solum; quoniam nulla potest esse locatio, ubi corpus ipsum non datur ab eo cui id fit; quemadmodum Sabinum respondisse Pomponius refert *l. Sabinus* 20. *de contr. empt.* Cui sententiæ convenit, quod Javolenus scribit, *l. si convenit* 65. *d. tit.* ties emptionem contractam intelligi, quoties materia, in qua aliquid fit, immutatur & alienatur. Id autem in casu proposito contingit auro. Nam adversatur huic sententiæ Paulus in *leg. item si* 22. §. 1. *hoc tit.* ubi ait, cum insulam ædificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferri, tamen locationem esse: locare enim artificem operam suam, id est, faciendi necessitatem; quoniam cum aream meam do, ut in ea insula fiat, substantiam & materia, in quam agit artifex, a me proficiscitur, *d. l. Sabinus* 20. *in fin.* neque materiam, tigna, cæmenta hic emo, sed conduco operas artificis ad insulæ constructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat.

Quod si suum aurum dederit) *d. l.* 2. *l. in navem* 31. *hoc tit.* facit, *l. scribit* 34. *in princ. vers. in artifice de aur. arg. mund. leg.* Nam toties conductio alicujus rei intelligitur, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet, *d. l. si converit* 65. *de contr. empt.*

TEX-

TEXTUS.

Quid præstare debet conductor?

5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserat, de restituenda ea non tenebitur.

NOTÆ.

5. Ex bono & æquo præstare) Est enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa, quæ nec dicta nec cogitata forte sunt, præstare æquum est, §. 10. *inf. de act. & sup. de obl. ex cons.* add. *l.* 25. §. 3. *l.* 24. *princ. hoc tit. l.* 2. *l.* 17. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ a conductore ex natura hujus contractus præstanda?*
2 *Conductorem regulariter levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam præstare.*
3 *Accurata ad ea quæ in contrarium disputantur, responsio.*
4 *Exclusione casus fortuiti non protinus induci præstationem culpæ levissimæ.*

AGitur hoc §. de præstationibus, quæ conductori incumbunt, docenturque in hac re primum inspici debere id, quod ut præstaret conductor, nominatim convenit: (1) veluti si convenerit, ut etiam si quid vi majore acciderit, præstaretur; hic enim pacto standum esse Julianus respondit, *l.* 9. §. *Julianus* 2. *hoc tit.* Similia exempla occurrunt in *l.* 11. §. 1. *& ult. eod.* estque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei *l.* 11. *de act. empt. l. contractus*, 23. *de reg. jur.* Quod si nihil convenit, tunc ea præstanda esse, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate, in quod, cum sit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præstari oportet, etiamsi de eo nihil dictum, aut forte nihil cogitatum sit, *l. si in l.* 24. *& l. seq.* §. 3. *h. t.* §. *in bona*, 30. *inf. de ac.* unde post moram etiam usuræ tardius illarum pensionum a conductore præstandæ *l. quæro* 54. *eod. l. præses* 17. *C. eod.*

Secundum legem conductionis) Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, *l.* 7. §. *quinimmo* 5. *de pact. d. l.* 23. *de reg. jur.* Nihil est apud juris auctores frequentius, quam ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione adjecta contractus accipit, ipsam e pactionem, *l. qui fundum* 40. *l. comprehensum* 69. *l. fundum* 68. *de cont. empt. l. si in l.* 24. *hoc tit. l. venditor* 23. *comm. præd. cum similib.*

Ex bono & æquo præstare.) Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempestiva cultura fundum faciat deteriorem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *d. l.* 25. §. 3. *h. t.* Inquilinus, ut in domo locata recte versetur, ex honesta non faciat cau-

ponam, *l.* 4. *C. eod.* Uterque ut pensiones suo quaque tempore solvat, *d. l. quæro* 54. §. 1. *h. t.* Ni ita se gerat conductor, & pensionem præstet, impune expelli potest, *d. l. quæro* 54. §. 1. *l.* 3. *C. eod.* Plures alias causas, ob quas conductorem expellere jus est, refert Christin. vol. 2. *decis.* 115. quamquam non omnes hodie obtinent, ut idem ibidem annotat. Illud hic tenendum est, quibus casibus conductorem expelli posse dicitur, non nisi ex auctoritate magistratus eum expelli debere. Anton. Fab. *C. sup. h.* 1. *defin.* 11.

Qualem diligentissimus paterfamilias) Simile est, quod traditur in *l. si merces* 25. §. *pen. h. t.* At enim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus duntaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in *l.* 5. §. 1. *comm.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa præstari dicitur, eo verbo in usu juris non alia quam levis culpa designatur, id est, ea, quæ mediæ diligentiæ opponitur; quod multis auctoritatibus probavimus sub §. 2. *sup. quib. mod. re contr. obl.* & de hac tantum culpa dictam regulam intelligi debere ex eo patet: quod in contractibus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, quale plerumque est commodatum, jurisconsultus d. loco scribit, plus ab accipiente exigi, quam cum utriusque commodum vertitur; nimirum in hujusmodi contractibus præter culpam præstari & diligentiam; quo significat, in eo contractus, qui utriusque gratia fiunt, & commodatum discrepare, quod in illis duntaxat levis culpa præstetur: in hoc etiam levissima, quam more veteribus usitato contrariæ rei præstatione indicat, diligentiæ scilicet, intelligens eo verbo diligentiam specialem, seu exactissimam. Ipsa quoque ratio hoc suggerit, levius agendum esse cum eo, qui mercedem pro rei usu præstat, quam qui gratuitum ejus usum habet. (2) Quin ipsum etiam commodatarium placet culpam levem tantum præstare, secundum superiorem regulam, si quando commodantis quoque contemplatione res commodata sit, *l. in rebus*, 18. *in fin. princ. comm.* Ex quibus perspicue evincitur, conductorem regulariter levissimæ culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigi extra specialem conventionem, ut in *l. qui mercedem* 40. *h. t.* ut in re conducta summam & exactissimam diligentiam præstet, sed securum eum esse oportere, si adhibuerit mediam, id est, eam, quam communiter frugi patresfamilias suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil amplius quam culpam a conductore præstari legimus, *l.* 9. §. 3. *l.* 11. §. 3. *leg. item quæritur* 13. §. 1. *l. in navem*, 32. *in fin. h. t.* quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione affert regulam probatam in contractibus, qui utriusque causa ineuntur: at culpæ nomine absolute posito, in usu iuris culpa levis perpetuo significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissime hoc ipsum ostendit *l.* 3. §. 1. *naut. caup. stab.* quo loco Jurisconsultus conferens actiones locati & depositi cum honoraria, quæ e edicto isto competit, utilitatem ejus, quæ ex edicto est, hoc nomine maxime commendat: quod in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat præstetur: ergo vero omnimodo qui recipit, teneatur, etiamsi sine culpa ejus res periit aut damnum datum est, ita tamen, ut nec ille præstet casus fortuitos, nec quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex sententia Jurisconsultis qui recepit, præstat medium aliquid inter culpam & casum fortuitum, quod

non

non poteſt conductor: atqui hoc medium nihil aliud eſſe tuteri omnes debent quam culpam leviſſimam. (3) Quid ergo reſpondemus ad hunc textum? nimirum idem, quod Interpretes vulgo, ſuperlativum hoc loco poſitum eſſe pro poſitivo, verbum *diligentiſſimus* pro *diligens*; ut hoc verbum ſecundum ſubjectam materiam & naturam contractus explicandum ſit, eoque hic ſignificari intelligatur, non ſumma illa & pene modum excedens, ſed media diligentia, quam communiter homines diligentes ſuis rebus adhibere conſueverunt. Sic ex contrario poſitivus pro ſuperlativo ponitur in *l. 5. §. cuſtodiam §. comm. l. hæredes 25. §. non tantum 16. famil. erciſc. §. 2. ſup. quib. mod. re contrah. oblig. &c.* quod apparet ex collatione *l. in rebus 18. l. 1. §. & ille 4. de oblig. & act. §. 1. infr. de oblig. quæ quaſi ex contr.* Idem reſponderi poteſt ad *l. ſi merces 25. §. pen. h. t. arg. d. l. 3. §. 2. naut. caup. ſtab.* Nam quod alii reſpondent, caſus eſſe ſpeciales, qui hic & in *d. §. pen.* proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura ſua quaſi damno maxime obnoxiæ accuratiſſimam cuſtodiam deſiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quaſi ultro offerunt, & ideo quoque leviſſimam culpam præſtare tenentur, *arg. leg. 1. §. & ſæpe 35. depoſ.* admitti non poteſt. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, ſcrupuloſam præ cæteris rebus curam, aut curioſam cuſtodiam minime requirunt; nec quilibet, quodammodo operam ſuam offerre videtur, ad majorem diligentiam, quam natura contractus deſiderat, obligatur, *dict. l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab.* ſed locum non habet in artificibus, ſeu iis, qui alicujus rei peritiam profitentur: quorum idcirco imperitia culpæ levi annumeratur, cum in aliis ſit leviſſima, *l. 9. §. pen. l. item 13. §. ſi gemma 5. hoc tit. l. 12. per ſurt. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil.* nili putamus, etiam eos, qui columnas aut tigna deportanda inducere ſolent, eodem numero haberi, quaſi induſtriam certæ rei profiterentur, ut D. Weſemb.

Et aliquo caſu fortuito) *L. in judicio 28. C. eod.* Neque hoc proprium hujus judicii eſt, ſed commune omnium contractuum, *l. contractus 23. de reg. jur. l. 8. C. de pig. act.* Non obſtat quod alibi dicitur, rem locatam eſſe periculo conductoris, *l. 13. §. 1. de lib. cauſ. l. 14. §. qualis 16. de furt.* Nam illud intelligendum eſt de periculo & damno, cui culpam cauſam præbet: neque novum eſt, ut illæ etiam res periculo noſtro eſſe dicantur, in quibus culpam præſtamus, de quo uberius diſſerui ſub §. 3. *tit. præc.* Quod autem hic excluditur caſus fortuitus, id non ſatis argumenti eſt, culpam leviſſimam a conductore præſtari; nihil enim frequentius eſt in jure noſtro, quam ut poſita præſtatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur, removeatur caſus fortuitus, inſuper habito, utrum eo amplius etiam leviſſima culpa præſtetur, nec ne: utpote quæ & raro præſtetur; & vix culpa ſit. Hinc jam judicari poteſt, an incendium & quando a conductore præſtandum ſit: in quo tamen mirifice variant & Interpretes, & judicum ſententiæ, Vid. Gail. 2. *obſerv.* 21. Menoch. *de arbitr. judic. q.* 2. *caſ.* 390. Maſchard. *lib.* 1. *de prob. in verb. Incendium.* Fachin. 1. *controv.* 87. Moller. 4. *ſemeſtr.* 31. D. Tulden. *comment. in tit. de l. Aquil. inſt. l.* 8. Chriſtin. 1. *l.* 3. *deciſ.* 112. *n.* 5. ubi plures citat. Aſſentior autem iis, qui ſtatuunt, inquilinum de incendio locatori teneri, niſi doceat de diligentia ſua in reniendo & cuſtodiendo igne adhibita, Fach. & Moller. *d. loc. l.* 3. §. 1. *de off. præf. vigil. l.* 11. *de per. & comm. rei vend.* de quo nos opulentius *l.* 1. *ſel. quæſt. c.* 33.

TEXTUS.

De morte conductoris.

6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione ſuccedit.

NOTÆ.

6. Mortuo conductore, &c. hæres ejus) *L.* 19. *Cod. h. t.* ſi ut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio, *l.* 19. §. 8. *eod.* Hæres enim univerſi juris & onerum defuncti ſucceſſor eſt, *l.* 37. *de acq. hær.* Emptor autem vel legatarius ſtare locationi non tenetur, *l.* 35. §. 1. *l.* 32. *h. t. l.* 120. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 9. *Cod. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. Emptor non tenetur ſtare locationi factæ a venditore; & quid hodie?

MOrte conductoris conductionem non expirare, ſed hæredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris eſt, *l.* 10. *C. h. t.* & contra nec morte locatoris expirat: quippe hæres univerſi juris & onerum defuncti ſucceſſor eſt, *l. hæres 37. de acq. hær.* Ait autem Juſtinianus, hæredem eodem jure in conductione ſuccedere: & Gordianus in *dict. l.* 18. hæredi quoque onus contractus incumbere; quibus verbis non hoc ſignificant, hæredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & ſuperſtitem ſtetit, actione locati aut conducti teneri; quanquam etiam ita tenentur, *l. ſed addes*, 19. §. *antep. h. t. l. conductorem* 39. *C. eod.* quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro ſocio, *l. inter cauſas 26. princ. mand. l. nemo* 35. *& l. ſeq. pro loc.* in hæredes tranſeunt: ſed hæredem ſuccedere in ipſum jus conductionis, quæ mortuo conductore aut locatore non finiatur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet; ſed ſecus eſt in iis negotiis, in quibus induſtria certæ perſonæ eligitur, ut in ſocietate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus ti. proxime ſeqq. Particularis autem ſucceſſor, emptor aut legatarius non tenetur ſtare locationi factæ ab auctore ſuo, *l. ſi merces 25. §. 1. l. qui fundum 32. hoc tit. l. 9. Cod. cod. l. nihil 120. §. ult. de leg. 1.* (1) Cæterum ab hoc jure moribus noſtris & pletæque Belgicæ receſſum eſt, juxta tritum illud, *huur gaas voor. koop.* Grot. 3. *introd.* 19. *Neoſtad. dec. ſupr. Cur.* 30. Gudelin. 3. *de jur. nov.* 7. ad *vai, vai*; Groenewv. *de legib. abrog. ad l. 9. 6. h. t.* In hac urbe ſequuntur jus commune: *Statut. Leid.* 74.

TITULUS VIGESIMUS SEXTUS.

DE SOCIETATE.

Dig. Lib. 17. Tit. 2. Cod. Lib. 4. Tit. 37.

Continuatio. Quid ſit ſocietas, & quarum rerum, quando & quomodo contrahatur.

TErtia ſpecies contractuum, qui ſola contrahentium voluntate obligationem inducunt, eſt ſocietas. Socie-

Societas est contractus, quo inter aliquos res aut operæ communicantur, lucri in commune faciendi gratia. Primum, ut sit societas, necesse est aliquid mutuo conferri & communicari: nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causa societatem non contrahi, veluti si alicui placuerit, lucrum ex re sua factum alteri commune esse, qui de suo nihil conferat, *l.* 3. §. 2. *h. t.* Enimvero quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera, an etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendarum nihil interest: nam & inter duos artifices societas coiri potest, ut quod ex suo artificio quæsitus fecerint, inter eos commune sit, *l. si non fuerint*, 59. *l. duo*, 71. *eod.* Illud quoque nihil refert ad societatem ineundam, quantarum rerum societas instituatur; nam & universorum bonorum societas contrahi potest, & partis bonorum: potest & negotiationis alicujus, quæ multas res partesque contineat: potest denique & unius rei, veluti si prædium communi consensu conducatur, ut fructus inde quæsiti sint communes, *princ. hit. l.* 5. *leg. verum*, 63. *eod.* Porro, quod ex definitione satis intelligitur, societas est consortium voluntarium, ut a Papiniano vocatur, *l. cum duobus*, 52. §. *Idem Papin.* 8. *eod.* nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaque socii non sunt, si qui aut casu in communionem inciderint, puta si legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenerit, aut si res a duobus simul simpliciter empta sit, *l. ut sit*, 31, *cum* 3. *l. seq. eod.* Ex quibus locis cum Glossa & citatis *in add. ad Bart.* temperandum est, quod in *l.* 2. *comment. div.* Jurisconsultus ait, rem, quæ a duobus pariter empta est, cum societate communem esse; nempe si empta sit cum affectione & animo societatis, idque præsupponendum in specie *l.* 2. *C. hoc tit.* quamquam Bart. ad *dd. ll.* quem sequitur Salicetus *d. leg.* 2. contrarium axioma proponit, videlicet eo ipso, quod res a duobus pariter emitur, societatem contrahi. Denique quod postrema verba definitionis indicant, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu iniri inter aliquos, nisi in hunc finem communio instituatur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio huic finem non habet, societas dici non potest, ut maxime voluntate suscepta sit: Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum confusæ sunt; massa quidem hæc communis est, §. *si duorum*, 27. *super de rerum divis.* at non jure societatis. Res eadem simul a duobus simpliciter empta est, sit illæ quidem amborum voluntate communi, sed ut modo dixi, citra societatem, *d. l. ut sit*, 31. *hoc tit.* Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantum socii: placet, ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituatur, *dict. leg. si non fuerint*, 29. §. 2. *eod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantum sperant spectantque socii; damnum præter votum eorum accidit, sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet: quippe quæ etiam ita constitui possit, ut unus e sociis damni sit expers, ut postea intelligitur. Cum autem de communione eo, quo dixi, animo inter aliquos convenit, non societas consensu contracta intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat, *leg.* 2. *de oblig. & act.* Nec adversatur, quod scribit Modestinus *leg.* 4. *hoc tit.* posse societatem coiri & verbis, &c. Significat enim, societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis seu aperta conventione, an tacite re seu facto aliquo consensu declaretur. Add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. *add. ll.* Species societatis sumuntur a diversitate materiæ; ac de eo hic primum agitur, deinde disputatur de pactionibus circa partes lucri & damni: postremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissociantur.

TEXTUS.

Divisio a materia.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνίαν appellant: aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

NOTÆ.

Societatem coire) Societas est communio consensu suscepta. Estque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias sive matrimonium appellamus: vel bonorum, quæ verbo genetis in usu juris societas vocatur: de qua sola hic agitur.

Aut totorum bonorum) In qua bona omnia præsentia continuo communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ postea obveniunt, in commune redigenda, *leg.* 1. §. 1. *leg.* 2. *leg.* 3. *leg.* 37. *& seq. hoc tit.* Cum autem aliqui simpliciter societatem contrahunt eorum dumtaxat, quæ ex quæstu veniunt, coita esse videtur, non etiam, quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, *leg.* 52. §. 5. *eod.*

Unius negotiationis) Vel artificii, vel fundi in commune empti: in qua id solum, quod ex quæstu rei venit, cujus societas contracta est, lucrum commune est, *leg.* 52. §. 5. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Species societatis subjectis distinctæ.*
2 *Quando universorum bonorum societas contracta intelligatur? ejusque effecta.*
3 *Moribus Belgii talem societatem inter conjuges constitui, & quidem ipso jure: unde & quid amplius in hac, quam in alia universali?*
4 *Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit?*
5 *Peculiaria quædam in societate omnium bonorum.*

SOcietatis diversæ sunt species, & effectibus, & subjectis distinctæ, *ut in l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. *l.* 5. *l.* 7. *cum aliquot seqq. l. si non fuerint*, 29. *& pass. hoc tit.* Imperator autem hoc loco id tantum videtur ostendere voluisse, aliam esse societatem universalem, aliam particularem, ut vulgo distingui solet: quamquam minus accurata ea oppositio est. (1) Pinguius a diversitate subjecti societas ita distribui potest, ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium, aliam universorum, quæ ex quæstu veniunt, aliam partis bonorum tantum, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificii, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium societate bona omnia præsentia, id est, quæ coeuntium sunt tempore contractæ societatis, continuo communicantur, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *h. t.* actiones invicem sunt cedendæ, *l.* 3. *eod.* quæ postea obvenient,

judicio societatis communicandæ, *leg. si societatem*, 73. *& leg. seq. eod.* & quidem etiam omnia, id est, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quam quæ ex opera sociorum quærumtur; *dict. leg.* 3. §. 1. *dict. leg.* 73. *eod.* (2) Hujusmodi autem societas tunc tantum contracta intelligitur, cum nominatim & specialiter omnium bonorum coita est; *dd. ll.* Interdum tamen evenit, ut tacite quoque id actum videatur; veluti si fratres consortes post mortem patris, bonis indivisis non paternis tantum, sed etiam cæteris, in quorum communione inciderunt, lucris omnibus communicatis, vixerint, nec a se invicem ratione unquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requirentur: nam si tantum paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibive habuerit, universalis societas minime contracta videbitur, nec quod aliunde quæsitum est, veniet in communionem, *leg. cum duobus*, 53. §. *Papinianus*, 6. *hoc sit leg.* 4. *Cod. comm. utriusque jud.* Anton Faber. *Cod. suo*, *hoc tit. def.* 3. Div. Tulden *comm. hic cap.* 1. Moribus fere totius Belgicæ (Frisiam excipe, vid. D. Joann. a Sande *rer. jud. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 3.) (3) bonorum omnium communio & universalis societas inter conjuges ipso jure constituitur, nisi quid contra pactis antenuptialibus cautum sit, in qua societate etiam hoc amplius est, quam in alia universali, quod etiam ea, quæ post contractum matrimonium alterutri conjugum quæsita sunt, continuo inter eos communia fiunt, non expectata nova eorum communicatione; scilicet quia lex hanc communionem induit. Vid. Div. Neostad. *in not. ad observat.* 9. cum alii socii, quamvis universorum bonorum, quæ post contractam societatem acquirunt, sibi acquirant: ut tamen judicio societatis ea cogantur communicare, & quæsita in commune redigere, *leg. si societatem*, 73. *& leg. seq. hoc tit.* Unde Paulus in *leg.* 1. §. 1. *eod.* non ait, simpliciter inter socios omnium bonorum continuo communicari res omnes, sed res omnes quæ coeuntium sunt, id est, quæ tunc sunt, cum societatem coeunt. (4) In societatem universorum, quæ ex quæstu veniunt, res coeuntium seu bona præsentia non communicantur, sed futura tantum, seu lucra postea obvenientia; neque tamen hæc omnia, sed ea solummodo, quæ ex quæstu quotidiano, id est, ex opera & negotiatione cujusque socii acquiruntur, pura lucrum, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis, aut ex causa artificii descendit. Quæ vero alieno beneficio obveniunt, qualia sunt hæreditas, legatum, donationes, ea extra hanc causam habentur, *l.* 7. *& aliquot seq. h. t.* Talis societas contrahi intelligitur, cum aliqui simpliciter societatem coeunt, hoc est, saltem dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi velint, *d. l.* 7. Fallitur autem D. Bachov. dum putat etiam in societate simpliciter hoc modo contracta bona ipsa coentium statim communicari: hoc enim non obscure pugnat cum *d. l.* 7. Et *l.* 1. §. 1. *eod.* diserte loquitur de societate omnium bonorum. Veteres autem non aliam bonorum aut fortunarum omnium societatem agnoscunt, quam quæ nominatim ita contracta est: ut bene Baro hic. (5) In societate omnium bonorum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta; atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, tametsi extra causam societatis id præstetur, *l. cum duobus*, 52. §. *ultim. hoc tit. leg.* 39. §. 3. *famil. erciscund.* Nec mirum, cum rursus omnia etiam, quæ ex lucrativa causa obveniunt, in commune sint redigenda. Quapropter si unus e sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum: honeste tamen & decenter, non profuse, inve fraudem sociorum, id in societatem imputabitur: veluti si pater filium in studiis aluit, atque eo nomine quid honeste & bona fide erogavit, fac. *quæ pater*, 50. *famil. erciscund.* Quid si filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, societatis id commune onus esse, non solius partis, *arg. l.* 19. *de ris. nupt.* Rol. a Vall. *consult.* 91. Menoch. 2. *de arb. judic. cap.* 127. Fach. 8. *contr.* 4. Christ. *vol.* 3. *decis.* 51. *num.* 9. Gothofr. *ad l.* 81. *hoc tit.* Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 27. *th.* 8. Prius illud etiam admittit D. Tulden. *comm. hic cap.* 5. sed de dote dissentit: propterea quod dos imputatur legitimæ, & conferenda est, ea autem, quæ studiorum causa filio subministrantur, non item, *d. l.* 50. *famil. erciscund.* Sed quid hoc ad rem? Immo cum filiam dotare pater teneatur, vel magis in dote id obtinere debet. Sic ea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut se exhibeant, familiam, quam instituunt sustentent, conferuntur, *l.* 17. *in fin. C. de collat.* quæ tamen imputabit societati: & potest pater impendiis studiorum causa factis hanc legem dicere, ut post mortem conferantur. Hoc autem nihil ad socios. Plane feuda in hanc societatem non veniunt. Bald. & Præpos. *in cap. Imperialem*, *de prob. feud. al. per Feud & in cap.* 1. *de invest. de re al. fact.* Præs. Evech. *cons.* 53. In reliquis societatibus id solum, quod ex quæstu negotiationis venit, aut rei, cujus societas contracta est, lucrum commune est: ex alia causa quæsitum ad communionem non pertinet, *l. cum duobus*, 52. §. *cum duo*, 5. *eodem.*

TEXTUS.

De partibus lucri & damni.

1. *Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent. Nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertiu.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa disputationis hic propositæ.*
2 *In impari rerum collatione, si de partibus nihil dictum sit, impares quoque constituas intelligi; & reprehensi, qui secus sentiunt.*
3. *Ubi partes expressæ, qualiscumque collatio sit, conventionem servandam.*

OMnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & sæpe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum est, ut sciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus disputationis tribus hisce propositionibus continetur. 1. (1) Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales sunt. 2. Si partes expressæ fuerint, has servari oportet. 3. Si una tantum in causas

pars

pars expressa sit, in altera, quæ omissa est, eadem pars servari debet.

Æquales scilicet partes) Si partes expressæ non sint, id tacite actus intelligitur, ut æquales sint, *l. si non fuerint*, 39. *princ. h. t.* quod sic vulgo & recte acceptum est, ut pro vero habendum sit, cum ea quoque quæ conferuntur, sunt æqualia: (2) cæterum si inæqualis sit collatio, pro rata ejus, quod quisque contulit, partes fieri: æqualitatem enim hic intelligi debere non arithmeticam, sed geometricam, id est, analogam rebus collatis. Non placet hoc D. Connano, *lib. 7. comm.* 13. neque D. Tuldeno *comment. hic c.* 5. qui ita disputant, ut existiment, etiam in impari rerum collatione, si de partibus societatis nihil dictum sit, æquales partes pro numero sociorum tacite factas intelligi non considerato eo, quod quisque contulit, quasi ubi nihil specialim dictum est, communem dumtaxat negotiationis fortunam spectasse, atque in eo acquievisse videantur, ut quisque damni & lucri tantumdem haberet; jubente id etiam lege societatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primum nata sit, & pares faciat etiam quos impares suscepit. Sed ut concedemus, hoc tacite actum videri in societate omnium fortunarum, aut simpliciter & sine designatione rerum contracta; tamen in societate unius alicujus negotiationis idem probandum non est. Nam cum nihil æquius sit, quam ut quisque pro ratione sortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum sentiat, *leg. 6. leg. quid enim*, 80. *hoc tit.* hoc ipsum tacite quoque actum intelligi convenit, si nihil aliud dictum est. Bene Aristot. 8. *Ethic ad Nicomach. in fin.* & 3. *Polit. 6.* Ἐ χρημάτων κοινωνία πλείω λαμβάνει τὰ δ' ἐμμαλλίζηται πλείω VINN. Plura ad *leg 29. ff. pro soc.* in hanc sententiam commentatus est Vir Clarissimus Gerardus Nooit. *Comment. in vandect. hoc tit. pag.* 180. *seq. Tom.* 2. *Oper.* quem eximium Jurisconsultum, dum hæc scribo, ad superos excessisse, non sine dolore audio. Mortuum saltem nemo dixerit, qui tot egregiis operibus immortalem sibi gloriam peperit, & jam vivus quodammodo interfuit posteritatati.

Si expressa fuerint partes, hæ servari debent) (3) Ac proinde etiam si inæquales servari placuerit in collatione æquali, pactio servanda erit, & contra si æqualis servari placuerit, in locatione inæquali. Itaque cum sæpe non constet, an æqualis utriusque aut rerum aut operæ collatio facta sit, ut omnis de hac re controversia inter socios tollatur, recte fecerint, si ipsi expresse partes societatis constituant. Videtur tamen quod hic simpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de qua sub §. *sequenti*. Quod si societas ea conditione contracta sit, ut partes postea constituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda est, *leg. 6. hoc tit.* Sed & si arbitrio tertii alicujus partium definitio permissa sit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifesta iniquitate arbitrium personæ electæ per judicium bonæ fidei corrigi, *leg. societatem*, 76. *cum* 4. *leg. seqq.*

Ut ad unum duæ partes, &c.) Hæc conventio, ut ad unum duæ partes tam damni, quam lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Immo vix inæqualitatem habere videtur: quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper Mercurio negotia procedunt.

TEXTUS.

De partibus inæqualibus.

1. *De illa sane conventione quæsitum est, si Titius & Sejus inter se pactisint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia, ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius, (cujus sententia prævaluit, contra sensit, quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententia obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod supereſt, intelligatur lucro esse.*

NOTÆ.

2. *Contra naturam societatis*) Utpote quæ æqualitatem tamquam jure quodam fraternitatis desideret, *l. 63. princ. eod.*

Servius Sulpitius) *L.* 30. *in fin. hoc tit.*

Operæ alicujus pro pecunia) Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & similibus, *leg.* 29. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Sulpitium in casu hic proposito non tam improbasse videri sententiam Mucii, quam temperasse.*
2. *Improbatur eadem Mucii sententia simpliciter.*
3. *Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.*
4. *Si convenerit, ut unus lucri sit partices, damni immunis, & de leonina societate.*

(1) *Lucri duæ partes, damni tertia*) Difficulter in societate coenda admissum est, ut partes lucri & damni difformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria? sed a Servio Sulpitio admissa est: cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus.

Quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera) Hæc ratio arguere videtur Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucii, quam temperasse: nimirum quod Mucius simpliciter dixit, iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ: quod etiam forte solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert; immo

juſtum eſſe, hunc meliore conditione in ſocietatem admitti. Igitur ne quidem ex ſententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis eſt operarum & ſortis collatio; ſed tunc demum ratum eſt, cum inæqualis eſt collatio; & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus ſocietati confert, ſive pecuniæ, ſive operæ aut induſtriæ: quod etiam evidenter probare videtur reſponſum Ulp. in *l. ſi non fuerit, 29. pr. hoc tit.* (2) Atque ita olim Azo contra Joannem diſputavit, ejuſque ſententiam interpret. comm. *ad hunc §. & in d. l. 29.* ſequuntur Gomez 2. *var. reſol. 5. num. 5.* Wuſemb. *parat. hic n. 7.* Chriſt. *vol. 3. deciſ. 51.* ut verum fateat, non poſſum huic ſententiæ acquieſcere. Nam primum rationis eſſe videtur, ut expreſſa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, *arg. l. contractus, 23. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ ſapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte huic ſententiæ refragatur, quod ſimpliciter ſcriptum eſt §. *præcad.* ſi partes expreſſæ fuerint, has ſervari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus etiam ubi æqualis eſt collatio, omnino accipiendum eſt: quoniam in collatione inæqualis, etiamſi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta ſunt, conſtitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. *ſeq. & leg. Mutius, 30. in fin. eod.* Etſi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas, non video tamen, cur non poſſet expreſſa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua conſiſtit ſocietatis ſubſtantia. Nec dubium eſt, quin ſocietas æque ex parte donationis cauſa recte contrahatur atque emptio venditio, *leg. ſi quis, 38. de contrah. empt.* Quare exiſtimandum potius eſt, Servium in reddenda ratione ſuæ ſententiæ reſpexiſſe ad id quod plerumque evenit, ut ſcilicet unius opera ſit pretioſior, & plus ſocietati proſit quam alterius: de quo tamen in ſingulis perſonis, inquirendum non ſit, cum ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam ſufficiat, id evenire poſſe, & frequenter etiam evenire: neque aliud ſenſiſſe Ulpianum, aut nimiam ſolum improbaſſe inæqualitatem, *d. l. 29. hoc tit.* Utut vero ſit, uſus hujuſmodi conventiones ſuſtinet, ut poſt Angel. Porc. & alios teſtatur Wſemb. *hic & in par. diſt. loc.* add. Menoch. *de arb. jud. caſ. 125.*

Ut alter pecuniam) (3) Etiam uno pecuniam, altero operam conferente ſocietatem contrahi poſſe obtinuit, *l. 1. Cod. hoc tit.* & quidem ita, ut hic dicitur, ut lucrum inter eos commune ſit. Quippe cum ſæpe opera alicujus tanti ſit, quanti pecunia eſt. Tritum eſt illud Plauti *Aſin. act. 1. ſcen. 3.*

Par pari datum hoſtimentum eſt, operæ pro pecuniæ;

cui ſimile illud in *l. 52. §. 2. eod. pretium operæ & artis eſt levamentum, id eſt, ὄνασμα.* Varro apud Non. *amuſſis eſt, æquum levamentum.* In codice Hetruſco præpoſtero litterarum ordine ſcriptum eſt *velamentum.* Nimirum qui artem operamve præſtat, non minus præſtare creditur, quam is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & ſimilibus intelligi debet, *d. l. ſi non fuerint, 29. §. h. t.* Poſſunt igitur duo ſocietatem ſic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur: alter operam dumtaxat, qui proficiſcatur ad merces emendas, amet, & vendat, ut ſic deinde lucrum commune ſit. Cæterum hæc collatio non uno modo fit; nam aut opera confertur cum ſolo pecuniæ uſu, quo caſu ſors domino perit, & ſi ſalva eſt: aut opera confertur cum ipſo dominio pecuniæ, quo caſu qui operam impendit, particeps fit ſortis. In primis ſpecie comparatur cum opera non ſors, ſed periculum amittendæ ſortis, & lucrum, quod ex ea probabiliter ſperari poterat. In altera operæ pretium habetur quod ſorti adjectum, & pro eo quod valet, in ipſa ſorte partem habet, qui operam præſtat, ut eleganter Grot. *2. de jur. bell. ac pac. 12. n. 24.* Covarr. *3. variar. reſolut. 2.* Atque hinc ſumenda deciſio quæſtionis agitatæ apud Interpretes in *l. 1. C. h. t.* utrum in hoc genere ſocietatis pecunia collata communicetur, nec ne; & conſequenter, utrum finita ſocietate, ea etiam inter ſocios dividenda ſit, an is, qui contulit, eam percipere debeat? Cui ſimilis eſt altera, utrum in hujuſmodi ſpecie damnum pecuniæ amiſſæ commune ſit, an ad eum ſolum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant Gail. *15. obſerv. 25. num. 6.* Fachin. *2. controv. 94. & 95.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 51. num. 4. vol. 1. deciſ. 207. a. & ſeqq.*

Lucri partem ferat, de damno non teneatur (4) Ut ſociorum aliquis lucri ſit particeps, immunis damni præter naturam eſt ſocietas. Poteſt tamen ita conveniri ſine injuria: nam ſecundum Caſſium & Sabinum talis conventio iniqua non eſt, ſi tanti ſit opera quanti damnum eſt: id eſt, ſi tanti eſt illud, quod impeditur & perditur operæ, quanti eſt damnum acceptum, *d. l. ſi non fuerint, 29. §. 1. h. t.* Div. Grotius loco præcitato ſcribit, mixtum eſſe hujuſcemodi contractum ex ſocietate & contractu avertendi periculi, quem aſſecurationem vocant; utque in eo ita ſervari æqualitatem, ſi tanto plus lucri ferat, quam alioqui laturus fuerat, qui in ſe damnum recipit: Ait Juſtinianus *lucri partem*, diſerte *partem*. Nam talis ſocietas coiri non poteſt: ut unum lucrum tantum, alter damnum aut damni partem ſine lucro ſentiat, *d. l. 29. §. 2.* quippe ita naturalis ſocietati eſt lucri communio, ut ſine ea nequeat ſocietas conſiſtere. Veteribus talis ſocietas, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum expectat, leonina dicitur, *dict. leg. 29. §. 1.* appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æſopi de leone, aſino, & vulpe. Vid. Deſiderium *in Chiliad.*

In alia re lucrum, in alia damnum) Lucrum non particulatim æſtimatur, ſed in ſumma ſummarum, hoc eſt, id damnum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impenſis ſupereſt. Quemadmodum ex contrario damnum non intelligitur; niſi deducto omni lucro, *leg. 30. hoc tit.* Itaque ſi inter duos inita ſit negotiatio mancipiorum & bonum; atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. facta lucri & damni compenſatione, reperietur ſupereſſe lucrum ducentorum, qui ſecundum legem ſocietatis dividi debent.

TEXTUS.

De partibus expreſſis in una cauſa.

3. *Illud expeditum eſt, ſi in una cauſa pars fuerit expreſſa, (veluti in ſolo lucro, vel in ſolo damno) in altera vero omiſſa, in eo quoque quod prætermiſſum eſt, eamdem partem ſervari.*

COM-

COMMENTARIUS.

QUÆ partes in causa lucri aut damni tantum definitæ sunt; eædem etiam in causa omissa tacite definitæ intelliguntur: verbi causa, si ea lege societas coita sit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret, tacite actum intelligitur, ut easdem partes & in damno agnoscant: & si convenerint, ut partes lucri æquales sint, tacite conventum intelligitur, ut damnum quoque pro æquis partibus commune sit. Idque locum etiam habet in societate conjugali, puta si pacto antenuptiali placuerit, lucra ex quæstu obvenientia æqualiter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex æquo ferre debet; Everhard. *consil.* 197. Christ. *vol.* 2. *dec.* 51. *n.* 2. Ratio hujus juris afferri hæc solet, quod id, quod generaliter dispositum est in uno correlativorum, etiam dispositum censeatur in altero: sed parum, ut mihi videtur, subtiliter. Neque enim a natura relatorum, sed a paritate rationis totum hoc pendet: quod etiam agnoscere videntur illi, qui non simpliciter, quod in uno correlatorum dispositum est, in altero quoque dispositum censeri tradunt, sed addito hoc temperamento utriusque par ratio est, Bald. *in l. fin. C. de imd. vind. toll.* Jas. *in l. 1. C. de in jus voc.* Christin. *dict. loc.*

TEXTUS.

Quibus modis societas solvitur?
De renuntiatione.

4. *Manet autem societas eousque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renunciaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat; veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo hæres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hæreditatem solus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renuntiatum est, quicquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quam rationem habeat, quod placet vel unius e sociis renunciatione societatem solvi, adeoque tunc etiam, cum in perpetuum coita est?*
2 *Quibus ex factis renuntiatio tacite facta intelligatur?*
3 *Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat?*

SOcietas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & suis quibusdam modis solvantur, quos Justinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti sunt, explicare voluit. In societate id facit hoc loco, in mandato tit. seq. Societas proprio jure solvitur quatuor fere modis, renunciatione, morte, capitis minutione, egestate unius, *l.* 4. §. 1. *l. verum*, 65. §. *ult. hoc ait.* Quæ singula ordine latius declarabuntur.

Donec in eodem consensu) Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium perseverat, *leg. Cod. eod.* Et si quidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedatur, secundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, invicem liberantur, §. *ultim. infr. quib. mod. toll. oblig.* Sed illud proprium hujus contractus est, quod etiam postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedi & vel unius voluntate potest; quomodo in specie dicitur societas dissolvi renuntiatione.

Cum aliquis renuntiaverit societati) (1) Hoc in contractu societatis jure singulari receptum est contra regulas communes de dissolvendis obligationibus, *leg.* 5. *Cod. de oblig. & action. leg.* 3. *Cod. de rescind. vend.* Idque duplici de causa: primum quia socii officium invicem præstant, & accipiunt: deinde quia non bene convenit cum natura & conditione societatis, quæ rationem quamdam & jus fraternitatis habere creditur, *leg. verum*, 63. *princ. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet, *leg. cum pater*, 77. §. *dulcissimis*, 20. *de legat.* 2. Adeo autem visum est, ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut quamvis ab initio convenerit, ut societas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea resilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tamquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coitio est, *l. nulla*, 71. *hoc tit.* contemnere liceat, *leg.* 14. *eod.* Nam quod Paulus scribit, *leg.* 1. *eod.* societatem etiam in perpetuum coiri posse, nihil aliud significat, quam sine ulla temporis præfinitione, aut donec socii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, sed ut solo lapsu temporis non finiatur societas. Porro autem renunciatione dissociamur aut voluntate aperta, aut tacita. (2) Aperta, cum cæteris annuntiatur ut res suas sibi habeant agant, *d. l.* 63. *in fin. eod.* Tacita voluntas renuntiandi tribus his factis evidenter arguitur. 1. Novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta, *l. actione*, 65. *princ. eod.* quod etiam significat Ulpianus, cum dicit societatem etiam ab actione seu ab interitu actionis distrahi, *dict. leg.* 62. §. *ult.* 2. actione pro socio ab uno adversus alios instituta distrahendæ societatis causa, *dict. leg. actione*, 65. *in princ.* junct. §. *penul.* add. *rei*, *rei*, Salic. *in leg.* 5. *Cod. eod.* 3. cum separatim agere cœperint, & sibi quisque negotiari, *leg. itaque*, 64. *eod.* veluti si Typographi aliquot, qui antea communibus sumptibus libros imprimendos curabant, postea singuli domi suæ sibi imprimere cœperint, & commune impendium facere desierint, tacite renuntiasse societati intelliguntur.

Si quis callide renuntiaverit) (3) Quævis renuntiatio quantumvis insidiosa, hactenus valet, ut renuntianti noceat, & liberet ab eo socios: at ex contrario non quælibet renuntiantem liberat a sociis, sed ea solum, quæ injuria caret. Injuriam autem renunciatio habet, non tantum si callide & malitiose facta sit, cujus exemplum hic profertur: verum etiam, quæ facta sit absenti, quoad is sciret, *l.* 17. §. 1. *eod.* item si facta intempestive, id est, ante tempus conventum, (nisi ex nova causa, *leg.* 18. & 2. *seqq. eod.*) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coempras vendi non expedit, ita ut non privatim unius e sociis, sed societatis intersit, eam non dirimi. Qui sic renuntiat, damni particeps, lucri expers manet. *d. l.* 7. §. 1. *l. actione*, 65. §. 3. 5. & 6. *eodem.*

Veluti si totorum bonorum socius) Expresse mentionem tantum facit socii omnium bonorum, qui propter hæreditatem obvenientem renuntiat, ut & Jurisper con-

consultus in *dict. leg. actiones*, 65. §. 3. quoniam ut commodum hæreditatis uni acquisitæ communicetur, extra causam societatis omnium bonorum aut speciem conventionem locum non habet, *leg.* 3. §. 1. *leg.* 7. *eod.*

Quod non captaverit) Si renuntiandi lucrum aliquod post renuntiationem obvenerit, quod in renuntiatione non spectavit captavitque, id communicare non cogitur: quia nec dolum in eo admisit, *d. l. actione*, 65. §. 3.

Cui renuntiatum est) Cui dolose renuntiatum est, is nihil ejus lucri, quod post renuntiationem aliunde quæsivit, renuntianti communicare tenetur: quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem a sociis non liberat; socios tamen liberat a renuntiante, *d. l. actione*, 65. §. 3.

TEXTUS.

De morte.

5. Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societate contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit.

NOTÆ.

5. Nisi, &c. aliter convenerit) id est, ut uno mortuo nihilominus inter superstites societas continuaretur, *d. l.* 78. §. 59. Quamvis autem hæres in societatem non succedit, tenetur tamen actione pro socio ex obligatione antea nata, item ut bonam fidem præstet & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet, *d. l.* 64. §. 9. *l.* 39. *& seq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur visum, ut morte & vel unius e pluribus tota solvatur societas: & quo id pertinet? num.* 3.
2 *Ratam esse conventionem, ut morbo uno, inter superstites societas perseveret.*

(1) ETiam morte unius socii societas solvitur, *l.* 4. §. 1. *l. nemo*, 35. *l. cum duobus*, 52. §. *idem*, 9. *l. adeo*, 59. *l. verum*, 63. §. *ult. l. actione*, 65. §. *morte*, 9. *h. t.* Et hoc genus distrahendæ obligationis societatis proprium est recedens ab illo communi quo placeat, hæredem in eamdem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere, §. *ult. præced. tit. l. hæres in omnes*, 37. *de acquir. hæred. l. hæreditas*, 62. *de reg. jur.* Sed admissum in societate ex natura hujus contractus: atque eadem ratione, qua in mandato quoque placet morte mandatarii solvi mandatum, nimirum quia in societate non tantum rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verum insuper etiam fidei & industriæ, quæ ad hæredes non transeunt, contemplatio versatur. Nam, ut in textu dicitur, *qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*, cujus scilicet fidem, industriam, res & facultates sequatur. Usque adeo autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio paciscí possimus, ut hæres in societatem succedat, *d. l. nemo*, 35. *d. l. adeo*, 59. *hoc. tit.* quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet, ut quis invitus socius efficiatur, cum non vult, *d. l. actione*, 65. §. *societate*, 11. *eod.* Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admissæ: manetque hoc casu societas etiam post mortem, nisi forte is mortuus sit, cujus contemplatione potissimum societas coita, aut sine quo ea administrari non possit, *dict. leg. adeo*, 59. *l. verum*, 63. §. *in hæred.* 8. *eod.*

Sed & si consensu plurium) Et si plures, quam duo, societatem colerint, & unus tantum ex his mortuus sit, totam tamen societatem dissolvi placet, id est, non tantum dissolvi quoad personam hæredis defuncti, sed ita, ut nec qui supersunt, societati obligentur, *d. l. actione*, 65. §. *morte*, 9. *hoc tit.* Ratio est, quoniam cum plures societatem coeunt, alii quorum contemplatione ad eam accedunt, ut proinde vel uno sublato, amplius in societate manere nolle videantur.

Nisi in coeunda societate aliter convenerit). (2) Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat, rata est inter vivos & consentientes conventio, *d. l. actione*, 65. *morte*, 9. Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l.* 35. *l. cum duobus*, 52. §. *idem*, 9. *l. adeo*, 59. *eod.* Confundit Hotomannus duo dissimilia pacta: pactum, quo placet hæredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbatur, & pactum, quo inter plures societates contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter superstites societas continuetur. Quod valere post Paulum in *in dict. leg. actiones*, 65. §. *morte*, 9. tradit Justinianus hic. Illud obiter monendi sumus, cum morte socii solvi dicitur societas, id non eo pertinere, ut hæres socii non teneatur actione pro socio ex ea obligatione, quæ stante societate nata est, aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet, *dict. leg. nemo*, 31. *& leg. seq. dict. leg. verum*, 63. §. *in hæredem*, 8. *dict. leg. actione*, 65. §. *morte*, 9. *hoc tit.* sed ut intelligamus, hæredem neque socium esse, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea societate esse possit, in reliquum tempus vocari.

TEXTUS.

De fine negotii.

6. Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas.

COMMENTARIUS.

SI societas certæ alicujus negotiationis causa inita sit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, sine negotio imposito, id est, empto distractoque vino aut frumento, societas extinguitur, *di. leg. actione*, 65. §. *item si*, 30. *dict. l. verum*, 63. §. *ultim. eod.* Sed in eo nihil proprium videtur societatis; utpote cui ea lex ab initio dicta sit. Idem est, si ad certum tempus contra sit societas: nam exacto tempore ex exspirat, fac. *dict. leg. actione*, 65. §. *item qui*, 6.

TEX-

TEXTUS.

De publicatione.

7. *Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.*

COMMENTARIUS.

QUod Paulus *d. l. actiones, 65. §. publicatione, 12. h. t.* unde hic locus desumptus est, dicit, publicatione bonorum socii distrahi societatem, hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt, societatem solvi capitis deminutione, *l. 5. §. 1. d. l. verum, 63. §. ult. eod.* Intelligunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cum socius severitate sententiæ aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur, quo casu bona damnati publicari solent, *l. 1. de bon. damn. l. 8. §. 1. & 2. qui test. fac* poterat hæc species dissociationis etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur, eoque pertinet, quod dicitur in *d. l. verum, 36. §. ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad sequens genus referri potest. VINN. Atqui si obæratus bonis cedit, bona non publicantur, sed venduntur; nec is pro mortuo habetur, cujus substantia venit, sed cujus bona ob delictum consecrata publicatave sunt. Vid. *l. 63. §. 10. l. 58. l. 65. §. 1. & 2. ff. pro soc.* HEIN.

Alius succedat) Intellige fiscum, cui bona damnati ablata occupat, & sibi vindicat, *l. ult. de bon. eor. qui ante sent. vel mort. sui consc. &c.*

TEXTUS.

De cessione bonorum.

8. *Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas. Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur ineipere societas.*

NOTÆ.

8. *Bonis suis cesserit*) *d. leg. 65. §. 1.* Hoc Modestinus dixit, egestate dissociari, *leg. 4. §. 1. eodem.*

COMMENTARIUS.

POstremo etiam egestate unius socii societas solvitur, *leg. 4. §. 1. hoc tit.* egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cum societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causa, non magis bonis sublatis societati locus esse potest, quam sublata persona socii. Amittuntur bona aut civitate salva, veluti cessione, id est, si socius ære alieno oppressus bona suis creditoribus cesserit, eaque a creditoribus distracta fuerint, *l. 3. de cess. bonor.* ac tum etiam societatem dirimi placet, *hoc text. & d. l. actione, 65. §. 1. pod.* aut civitate una cum bonis amissa, ut in specie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipsum verbum publicationis satis indicat: eaque consideratione illa quoque ad hanc rationem dissolvendæ societatis referri potest. Sed & decoactione bona amittuntur & pereunt. Cæterum decoctione sola societatem solvi negat Stracha *de decoct. p. 2. n. 47.* nisi ea ad manifestam egestatem socium redegerit, *arg. d. l. 4 §. 1.* Quod & D. Tuld. probat *comm. hoc cap. 7.* Non puto autem, quod hic traditur de dissolutione societatis ob amissionem bonorum, locum habere eo casu, quo nihil pecuniæ in societatem collatum est, aut quo ille, qui operam tantum contulit, bona salva civitate amisit, nisi forte ob bona amissa separatam operam præstare nequeat.

Si adhuc consentiunt) Nihil prohibet, cum socio, qui bonis cessit, renovare societatem: quippe cum civis maneat, alia bona acquirere potest, vel operis suis vel alieno beneficio, *leg. 6. de cess. bonor.*

TEXTUS.

De dolo & culpa a socio præstandis.

9. *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est: an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.*

NOTÆ.

9. *Socius socio*) Ex Cajo *leg. 72. hoc tit.* Actio pro socio ex utroque latere directa est: nam utriusque socii par est conditio.

Qualem suis rebus adhiberi) Id est, mediam, qualem plerique patresf. suis rebus adhibent, *l. 11. de per. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 14. de pign. act.* Levem itaque culpam, non etiam levissimam socius præstat. Quod & ipsum convenit regulæ de contractibus, qui utriusque gratia sunt, *d. l. 5. §. 2. commod.*

De se queri) Eadem ratione utitur *supr. §. ult. quib. mod. re contr. oblig.* ad excludendam culpam levem. Certior est illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium versatur utilitas.

COMMENTARIUS.

1 *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum socius socio doli dumtaxat, an etiam culpæ seu negligentiæ nomine obligetur?*
2 *Ad quem diligentiæ gradum culpa in judicio societatis exigenda?*
3 *Nodus Gordius, quem nectit l. 32. depos. solutus.*
4 *Fortior ratio, ob quam socius mediæ præstatione diligentiæ obstringitur, quam quæ hic in calce affertur.*

HÆC etiam sunt apud Cajum, *leg. socius, 72. hoc tit.* cujus verba huc transtulerunt Compositores. Habet autem hic locus majorem difficultatem, quam vulgo Interpretes opinantur. Illud constat, societatem esse ex numero eorum contractuum, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, in quibus juxta regulam tra-

traditam in *l. 5. §. 2. commod.* (ubi nominatim quoque societatis mentio fit,) & dolus culpa præstatur. Sed & illud certum est, appellatione culpæ, quoties ea absolute ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo significari, latam culpam comprehendi nomine doli. (1) Vid. *sup. §. 2. quibus mod. re contrah. oblig.* Quapropter nulla videtur esse probabilis dubitandi causa, utrum socius doli nomine duntaxat, sicut depositarius; an vero etiam ob culpam seu desidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen quæsitum esse ait hoc Justinianus, & ex veteribus Ulpianus in *leg. cum duobus, 52. §. 2. eod.* Illa sane dubitandi ratio satis justa non est, quod socius propter suam partem causam habet gerendi; siquidem hoc a culpa nemine excusare potest; sed tantum facit, ut culpa non æstimetur oppositæ diligentiæ summi gradus: id est, ne præstetur culpa levissima, *l. hæredes, 25. §. non tantum, 16. famil. ercisc.* Fortasis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. *dol. socius, 72.* dicitur, is qui parum intelligentem socium sibi adscivit, de se queri, suæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et sane hanc rationem Justinianus & Cajus alibi afferunt, tamquam ob quam placeat, depositarium dolum tantum, non etiam culpam autem negligentiam præstare, §. *penult. sup. quib. mod. re contrah. oblig. l. 1. §. is quoque, 5. de oblig. & act.* Verum iidem hoc loco, & *de l. socius, 72.* eo argumento utuntur, non ut probent, socium de dolo tantum teneri, sed ut probent, eum compellendum non esse ad præstandam exactissimam diligentiam, sive, quod idem valet, sufficere si mediam diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communem hominum modum, careat. Sed non est, quod in eo nos torqueamus, cum alia & certa ratio sit, quæ manifeste efficiat, ut in societate non modo dolus, sed etiam culpa præstetur; nimirum quia, ut jam diximus, commodum societatis ad omnes socios pertinet: quæ res etiam aperte socios separat a depositario, qui onus tantum sustinet, commodi nihil expectat. Cæterum in hoc posita non est tota hujus loci difficultas. VINN. Immo justissima videtur fuisse dubitandi ratio. Quando levem culpam præstare debeat socius, suadere videbatur natura contractus, ad utriusque emolumentum comparati. Ast cum hic contractus id singulare habeat, ut & socium sibi quisque adsumat, & si eum parum diligentem esse videat, illum suas res habere jubere possit; nulla videbatur ratio, cur socius eam a socio diligentiam exigeret, quam diligentes patres familias in rebus suis adhibere solent, cum ordinaria ejus diligentia contentus, eum & elegerit, & socium sibi retinuerit. Quare demum placuit media sententia, ut levem quidem culpam præstet socius, sed non in abstracto, uti vocant, verum in concreto, id est non talem præstet diligentiam, qualem frugi patresfamilias adhibere solent, sed qua ipse socius in rebus suis utitur. Atqui latæ culpæ reus est, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, *l. 32. ff. depos.* Id quidem verum in iis contractibus, in quibus culpa levis in abstracto præstanda. Sic enim verum est, culpam levem esse, si quis non eam diligentiam adhibet, quam adhibet pater familias diligens: latæ profecto culpæ reus erit, qui in alienis rebus, ne ea quidem diligentia utitur, [qua uti solet in suis. Plura eam in rem alibi diximus. HEIN.

Qualem suis rebus adhibere solet) Didicimus socium suo non modo eo nomine teneri, si quid dolo commiserit, verum etiam nomine culpæ ac desidiæ: atque in hoc distare socium ab eo, cui res custodienda data est, seu depositario, qui dolum præstet duntaxat. (2) Porro nunc docemur, ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio societatis examinanda sit; quod & ipsum dubio carere videtur, si in societate quoque regulam de contractibus, quæ utriusque utilitatem tangunt; servari placet, & culpæ nomine ex usu juris auctorum levem tantum accipimus, non etiam levissimam. Ait Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. (3) Quæ sunt ipsissima verba Caji in *d. l. socius, 72. h. t.* Hic vero nobis pene indissolubilem nodum nectit responsum Celsi in *tit. quod Nervæ, 32. depos.* ubi Jurisconsultus refert & probat, quod Nerva dixit, latiorem culpam dolum esse, scilicet vi & effectu, ut non minus, quam dolus in deposito præstetur. Hujus autem culpæ reum esse ait, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, sive, ut loquitur Jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito præstat. At nihil amplius Justinianus a socio exigere videtur: inter quem tamen & depositarium hanc ipse differentiam antea constituit: quod socius præter dolum etiam culpam, & negligentiam præstet, depositarius non item. Et cujus igitur rei præstatio socium a depositario segregat? Non aliter videtur hic nodus expediri posse, quam si dicamus, Jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quam suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstet depositarius: aliquando vero id factum adscribere culpæ levi & negligentiæ, quam præstet socius, depositarius non præstet. Illud Celsus facit in *d. l. quod Nerva, 32. de Pos.* hoc alii passim, ut Justinianus hic Cajus in *d. l. socius, 72.* item Paulus *l. hæredes, 25. §. non tantum, 16. famil. ercisc. leg. in rebus, 17. de jur. dot.* & Ulp. *l. 1. de tutel. & ration. distr.* sed animadvertendum est, Celsum expresse proponere ignavum aliquem & dissolute negligentem, id est, talem, qui nec ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstet, reum esse culpæ latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi patresfam. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliena ab aliquo exigitur, quam præstare solet in rebus propriis, *arg. d. l. quod Nerva, 32. depos.*

De se queri sibique hoc imputare) (4) Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia a socio exigenda sit, per *leg. 1. §. is quoque, 5. de obligat. & action. & §. penult. sup. quib. mod. re contr. obligat.* Sed in ea societate ea ratio ideo non evincit, quia ex adverso alia est & fortior, ob quam justum sit socium præstatione mediæ diligentiæ adstringi; nimirum quia in hoc contractu omnium versatur utilitas: tantum hoc efficit, ut a socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam forte aliquis putet a socio præstandam esse, propterea quod ea societatis natura est, ut diligentiam quamdam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam singuli in se suscipere & tacite promittere videntur.

TI-

TITULUS VIGESIMUS SEPTIMUS.

DE MANDATO.

Dig. Lib. 17. Tit. 1. Cod. Lib. 4. Tit. 36.

Continuatio. Definitio mandati, ejusque per partes explicatio: & alia scitu in primis necessaria.

SUpereſt contractuum, qui conſenſu obligationem pariunt, ſpecies quarta & poſtrema, mandatum videlicet. Mandatum, (quod a manu, quæ fidei ſymbolum eſt, dictum putatur), eſt contractus, quo aliquid gratuito gerendum committitur & ſuſcipitur. Ajo *gerendum*, quoniam mandare non eſt quovis modo committere, ſed committere aliquid gerendum: quo admonemur, commendare aliquem non eſſe mandare, eumque, qui ſimpliciter amicum commendat, non obligari, etiamſi quid in eum propter commendationem iſtam collatum fuerit, fac. *l. ſi vero*, 12. §. *cum quidam*, 12. *hoc tit.* Unde vulgo dicitur, verba aut ſcripta commendata non inducere obligationem mandati, *l. fideicommiſſa*, 11. §. 2. *de legat.* 3. An & quatenus quis obligetur ex litteris credentiæ vel commendaticiis, in favorem alterius ſcriptis, ſi earum contemplatione quid creditum ſit; vid. Gomez. 2. *var. reſp.* 13. *n.* 4. Chriſt. *vol.* 3. *dec.* 34. *n.* 6. Gloſſ. & DD. *in l. ſi litteras* 7. *C. hoc tit. l. Lucius*, 24. *de fidej. l. ſi vero*, 12. §. *cum quidam*, 12. *hoc tit.* Ajo *committitur & ſuſcipitur*. Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etſi etiam mandatum verbi proprietate tantum deſignet factum mandantis: tamen pro toto contractu paſſim accipitur & facto utriuſque; veluti cum dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum eſſe oportere, obligationes, actiones, mandati, &c, quod & in aliis appellationibus obſervatur, ut in ſtipulatione, acceptilatione, fidejuſſione. Cur dixerim *gratuito*, exponam *infr. ſub* §. *ult.* Suſcepto mandato ſtatim ex conſenſu naſcitur obligatio, & qui ſuſcepit, ſuſceptum conſummare, & viciſſim qui mandavit, eum indebitum præſtare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa, mandatario contraria, *paſſ. nī & Dolice hoc titul.* Cum autem mandati obligatio conſenſu conſiſtat, conſequens eſt, poſſe & per nuntium & per epiſtolam mandatum contrahi: nec referre, quibus verbis interponatur, *rogo*, an *volo*, an *mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, *l.* 1. *princ.* §. 1. & 2. *eodem*. Quin interdum etiam tacite mandatum contrahi intelligitur, veluti ſi patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur, *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur* 18. *eod.* præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi: materia, effectus, contraria accidentia & affinia deïn ſequuntur.

TEXTUS.

Diviſio a fine.

Mandatum contrahitur quinque modis, ſive ſua tantum gratia aliquis tibi mandet, ſive ſua & tua, ſive aliena tantum, ſive ſua & aliena, ſive tua & aliena. At ſi tua tantum gratia tibi mandatum ſit, ſupervacuum eſt mandatum: & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio naſcitur.

NOTÆ.

Mandatum contrahitur) Ex Gajo *l.* 2. *hoc tit.* Mandare eſt gratuito aliquid gerendum committere. Vid. *infr. in comm.*

COMMENTARIUS.

MAndatum varias recipit diviſiones. Nam aliud eſt expreſſum, aliud tacitum, *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur*, 18. *tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod unidam, aut unum tantum. Illud vulgo ſubdividi ſolet in generale ſimplex, & cum libera. De quo nonnihil diximus ſub. §. *nihil autem*, 42. *ſup. de ver. diviſſ.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia aut extrajudicialia ſunt, diſtingui poteſt. Hic alia proponitur diviſio, ſumpta a fine, eaque quinque partita, quod ſcilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantum gratia, vel mandantis & mandatarii, vel aliena tantum, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Cajum *l.* 2. *hoc tit.* Unde etiam ſequentes §§. deſcripti ſunt. In quibus ſingulæ iſtæ formæ exemplis illuſtrantur. Poterat hic addi & ſexta ſpecies, quando trium perſonarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & alieña, cujus exempla *in l.* 8. §. 3. & 4. *eod.*

At ſi tua tantum gratia) Quod mandatum ſolius mandatarii gratia interponitur, forma tantum externa mandatum eſt, revera conſilium potius, quam mandatum: & ideo vim obligandi non habet. Vid. §. *tua tantum* 7.

TEXTUS.

Si mandantis gratia mandetur.

11. *Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti ſi quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo ſponderes.*

COMMENTARIUS.

1. *An & quando valeat mandatum incertæ rei?*

EXempla primæ ſpeciei, ſeu ejus mandati, quod ſolius mandantis gratia intervenit, ex Cajo *dict. leg.* 2. §. 1. *hoc. tit.* Apud Cajum pro eo, quod hic legitur *ſponderes*, eſt *fidejuberes*: quod a Triboniano poſitum exiſtimat Hotomannus, cum veteres *ſpondere* dixerint, *pro fidejubere*, quaſi apud Cajum & alios ejuſdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non ſæpius *fidejubere*, quam *ſpondere* invenias. Locus hic alioqui planus eſt. Enim vero occaſionem exempli mandati de fundo emendo quæritur, an mandatum rei incertæ valeat, puta ſi quis generaliter mandaverit, ſibi emi ſervum aut equum; vel ſi quis mandaverit ſibi emi fundum aut domum ſine demonſtratione poſſeſſoris loci, modi, aut magnitudinis? Et probandum, in prioris generis mandato non eſſe eam incertitudinem, quæ mandatum vitiet: in poſteriore eſſe infinitam, quæ non patitur mandatum valere, *argum. l. cum poſt* 69. §. 4. *de jur. dot. l. ita ſtipulatus* 115. *princ. de verb. obligat. l. domus* 71. *princ. de legat.* 1. add. quæ diſputamus ſub §. *ſi generaliter* 22. *ſupr. de legat.* Plane ſi per relationem

aut

aut analogiam de modo prædii constare potest, puto mandatum consistere: veluti si mandavi domum emendam habitationi meæ, vel agrum, unde frumentum annuum victui meo suppetat. Illud constat, non obesse mandato, quod pretium rei emendæ statutum non est: intelligitur enim, judicio mandatarii id relictum esse secundum æstimationem communem, *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* D. Tuld. *comm. hic cap.* 2.

TEXTUS.

Si mandantis & mandatarii.

2. *Tua gratia & mandantis, veluti si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur; aut si volente te agere cum eo, ex fidejussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.*

NOTÆ.

2. *Ex fidejussoria causa*) Nam jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *leg.* 5. *Cod. de fidejuss.* quod mutatum *Nov.* 4. Commodum hic creditoris mandatarii in eo, quod judicium cum eo instituitur periculo mandantis, cum absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur, *l. ult. Cod. de fidejuss.* ubi demum id jus abrogatur. Exemplum hoc est in *l.* 22. §. 2. *l.* 45. §. *ult. h. t.*

Quem tibi deleges) Hoc mandatum in rem mandantis interponitur, quia bonum nomen facit creditor, qui delegatum admittit, propter novationem, *leg.* 26. §. 2. *eod.* & in rem mandatarii, quia novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex mandato agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit, *d. l.* 22. §. 2. *d. l.* 45. §. *pen.*

COMMENTARIUS.

SEcundæ speciei, seu mandati, quod in rei mandantis fit & finiul mandatarii, tria exempla hic proferuntur. Primum est, si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Cajus in *l.* 2. §. *tua & mea* 4. *hoc tit.* Alterum exemplum est, si fidejussor, metuens ne ex causa fidejussoria conveniatur, mandet creditori, ut cum reo potius agat suo mandantis periculo. Commodum hic fidejussoris mandantis in eo, quod judicio liberatur, cum alioqui agi cum eo ex causa fidejussionis potuisset, reo principali neglecto: siquidem jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l.* 5. *C. de fidejuss.* de quo alio loco dictum est. Commodum creditoris mandatarii, in hoc quod judicium instituitur periculo mandantis, cum quo postea mandati agi potest in id, quod a reo servatum non erit: cum absque mandato foret, ut electionem rei fidejussor liberetur secundum tenorem juris antiqui, *l. ult. C. de fidejuss.* ubi demum idjus ab Imperatore abrogatur quod vix unus & alter animadvertit. Tertium exemplum est, si is, qui centum debeat, cupiens ea obligatione liberari rogavit creditorem, ut ea centum suo mandantis periculo stipularetur a Titio, quem in hoc creditori deleget. Hoc etiam mandatum in rem utriusque interponi intelligitur: in rem debitoris mandantis, quia ea delegatione fit novatio, atque ex priore causa debitor liberatur: in rem creditoris mandatarii, quoniam novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex sequenti mandato cum priore agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit. Duo posteriora exempla sunt etiam apud Paulum, *l. si mandavero* 22. §. 2. *l. si mandati* 45. §. *pen. & ult. h. t.*

TEXTUS.

Si aliena.

3. *Aliena tantum causa intervenit mandatum, veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.*

NOTÆ.

3. *Aliena tantum causa*) Particula taxativa *tantum* & apud Cajum bis expressa est, *d. l.* 2. *princ.* & §. 2. eamque & Theoph. agnoscit ut nimirum sit, Hotomannum & Pac. censere delendam vel ideo, quod eam Cajus non habet.

Ut Titii negotia gereres &c.) In his exemplis etsi ab initio nihil interest mandatoris, tamen ex post facto ut intersit, fieri potest: nempe cum ex gestu tuo mandator Titio obligari cœpit nomine negotiorum gestorum, *l.* 18. *de neg.* Non obstat igitur *l.* 8. §. 6. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Adversus speciem hic propositam quæ difficultates moveantur?*
2. *Earum difficultatum remotio.*

AFferuntur hic ex Cajo *l.* 2. *h. t.* exempla tertiæ speciei, seu mandati aliena tantum gratia interpositi, quæ species difficultate non caret. (1) Etenim explorati juris est, nemini actionem competere, nisi ei cujus interfit, *l. qui fundum*, 32. *locat.* §. *alteri*, 18 *sup. de instit. stipul.* quod & nominatim in causa mandati cautum, l. 8. §. *mandati*, 6. *h. tit.* Ulp. sic scribit: *Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit, cæterum si nihil interest, cessat mandati actio: & eatenus competit, quatenus interest.* Atqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ sunt exempla hujus §. nihil interest mandantis: utique si Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, dumtaxat consideretur: quo sensu alibi dicitur, nihil interesse mea, Titio dari *d.* §. *alteri* 17. *l.* 17. *l. stipulatio ista*, 38. §. *alteri* 17. *de verb. oblig.* Et omnino fatendum est, eum, qui mandavit, actionem mandati non habere, nisi ipsius interfit. (2) Sed respondemus, illud mandatum dici aliena tantum gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil interest mandatoris: neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris interfit, quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit, quandocunque ex postfacto incipere interesse. Ut ecce, possum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil interest, ut Titii negotia geras: & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea interesse cœperit, id est, cum ex gestu tuo Titio obligari cœpero nomine negotiorum

rum

rum gestorum *l. si quis, 28. de neg. gest.* Mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniaritet non interesset, Titio credi: si non credideris, concedo nulla mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus, (neque enim necesse est, te explorare, utrum mea interfit, necne) pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide omnia gessisti, *l. 6. §. tibi, 4. h. t.* Quod vero apud Ulp. *d. l. 6. §. plane, 5.* traditur, etsi mea non interfuit, quod tibi mandavi tua tantum interfuit, mandati tamen actionem esse, si non esses facturus, nisi ego mandassem, de contraria mandati actione intelligendum est, quæ quibusdam casibus competit, etiam ubi nulla directa est, ut in specie *l. hæreditatem 32. in princ. eod.* Hæc mihi expeditiora videntur, quam illa aliorum, quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum est commodum & interesse mandantis: dici autem, aliena tantum gratia id interponi, non quia in proposito non simul interveniat causa mandantis, sed quia causa aliena hic principalis: vel ut alii, quia persona aliena dumtaxat mandato comprehensa est: quam interpretationem vix admittit *d. l. 6 §. 4.* & respuere videtur particula taxativa *tantum*, quæ bis etiam apud Cajum expressa est, *d. l. 2. princ. & §. 7.* ut mirer, Hotomannum & Paulum censuisse delendam, vel ideo, quod eam Cajus non habet. VINN. Recte nodum hunc solvit Vinnius, quod & alii in primis Marcilius ad *h. §.* faciunt. Omnino enim interest mandatoris, etiamsi aliena tantum gratia mandarit. Quamvis enim alter inde utilitatem capiat, pene mandantem tamen est periculum, quippe qui actione mandati contraria tenetur, si mandatarius mandatum fuerit exsequutus. *Vid. l. 48. §. 1. ff. mand.*

TEXTUS.

Si mandantis & aliena.

4. *Sua & aliena, veluti si de communibus suis & Titis negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio sponderes.*

COMMENTARIUS.

EXempla speciei quartæ item ex Cajo *d. l. 2. §. 3. hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

TEXTUS.

Si mandatarii & aliena.

5. *Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes, quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.*

COMMENTARIUS.

EXemplum speciei quintæ, sive mandati interpositi in rem mandatarii & alienam, quod ipsum apud Cajum est *d. l. 2. §. 5. hoc tit.* Mandatarii hic interest propter quæstum usurarum: alieni, propter usum pecuniæ. Incipit autem hæc species in eamdem dubitationem, quam habet tertia superius proposita. §. *alicno 3.* ubi dubitationem sustuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hic respondeatur.

TEXTUS.

Si mandatarii.

6. *Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas in emptione potius prædiorum colloces, quam fœneres; vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, & ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.*

NOTÆ.

6 Si otiosam pecuniam) Id est sterilem, *l. 7. de usur.* seu vacuam, *l. 28. depos. l. 24. de præscr. verb.* quæ domino nullum fructum affert, *l. 23. §. 1. de usur.*

Ut pecuniam Titio fœnerares) Cum demonstratur persona, mandatum est, cum indefinite mandatur, consilium, ut & Placentino videtur.

COMMENTARIUS.

1 *Mandatum quid differat a consilio?*
2 *Interdum mandatum solius mandatarii gratia interpositum consilii fines excedere.*
3 *Neminem ex consilio, si fraus absit, teneri.*
4 *Applicatio l. 6. §. 5. ll. tit.*
5 *Si quis alicui suaserit, ut pecuniam certæ personæ credat, tale consilium instar mandati haberi.*
6 *Tollitur difficultas, quæ ex verbis Justiniani oritur.*

(1) QUod mandatum solius mandatarii gratia fit, magis consilium, quam mandatum est. Differt enim mandatum a consilio. Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat, consilium non est. Qui mandat, vult, & urget, ut fiat quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. Chrysost. *de virgin.* Ὁ μὲν συμβουλεύων ἀφίστησι τὰ πράγματα κύριον εἶναι τὸν τῶν πραγμάτων εἰρήσιος, ὑπὲρ οὗ συμβουλεύει τῷ συμβουλῷ. Proinde cum in specie proposita mandatoris nihil interfit, aut interesse possit, utrum alter mandatum ejus sequatur, necne, consuli potius, quam mandari videtur negotium, quod eum tantum, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilii, cujus nulla est obligatio, *hoc text. l. 2. princ. & §. ultim. eod. l. Quintus 48. §. ult. eod. §. plane 5. l.*

(2) Plane potest mandatum solius mandatarii causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilii; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum *leg. si hæreditatem 32. princ. eodem.* Mandavit mihi aliquis, ut hæreditatem adirem,

adirem, cavitque insuper damnum præstari, cum aliter aditurus non essem: si adierim, & damnum senseris, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejusdem generis exempla singi possunt.

Quia nemo ex consilio mandati obligatur) Ex consilio dato neminem obligari placet, etiamsi id consilium non expediat ei, cui datum est: cum liberum sit unicuique, apud se explorare, an expediat, nec ne sibi, consilium sequi, *d. l.* 2. §. *ult.* Cæterum hoc ita, si a consilio absit dolus: nam si dolus & calliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit, *l. consilii* 47. *de reg. jur.* fac. *l.* 8. *l. si legatarius* 23. *l. cum quis* 31. *de dol. l.* 2. *de proxen.* Ut enim ex consilio nemo obligetur ad hoc, ut præstet eventum, fidem tamen præstare debet, & si fraudem adhibuerit, minime excusandus est. Bene Cic. *lib.* 16. *ad Atticum ep.* 8. *Qui consilium dat*, inquit, *fidem præstare tenetur*, sed fidem tantum. Nam, ut idem alibi, *Si fraus absit, ex consilio nemo tenetur, & qui consulit præter fidem nihil præstat.* Cui simile est illud Ulp. *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio*, *l.* 47. *de reg. jur.* Itaque summa ratione apud Dionem *lib.* 52. Agrippa monet Augustum, ne iis, a quibus consilium petiisset, crimini duceret, si forte res secius, quam illi existimassent caderet, his fere verbis: Τοὺς δ' ἁμαρτάνοντας μὴ ἀτιμάσῃς ποτὲ, μηδ' αὖ τοὺς ἐπιτυχόντας αὐτοῦ χάριτος ἀξίους ἡγήσῃ, ἀλλὰ καὶ ἐπαινῶν αὐτοὺς μέτριος ἴσθι.

Otiosam pecuniam) Otiosa pecunia a prudentibus dicitur pecunia sterilis, *l.* 7. *l.* 13. §. 1. *de usur.* quæ in arca jacet, nullumque domino suo fructum affert; cui opponitur occupata, id est, pecunias fœnebris, quæ usuras parit, τοκογλυφικὰ χρήματα. Demosth. *adverf. Aphob.*

(4) *Hortatus fuerit, ut rem aliquam emeres*, &c.) Quid ergo, si empturus aut pecuniam fœneratus non fuisses, nisi ego mandassem? ne sic quidem puto esse tibi mecum in proposito actionem mandati; quamvis refragari videatur, quod Ulp. *leg. fi*, §. *plane*, 5. *h. tit.* scribit, mandati actionem esse, si quid feceris mandato meo, quod alias facturus non eras, etsi mea non interfuit. Nam si istud tam late interpretamur, quam verba patiuntur, nemo fere erit, qui non obligetur ex consilio; cum semper is, cui consilium datum est, dicturus sit, se, quod fecit, facturum alias non fuisse. Itaque Ulp. responso accommodanda sunt exempla, non simplicis consilii, sed mandati, quale est in *leg. si hæredi* 31. *h. tit.* & *simil.* VINN. At manifestum est Ulp. in *leg.* 6. §. 5. *ff. hoc titul.* loqui de mandato, quod nec mandantis, nec mandatarii, sed aliena gratia interponitur. Si enim nunc res male cedit, mandati actio contraria datur, quia mandantis fidem sequutus est mandatarius, *non facturus*, *nisi ille mandasset*. Quare non quadrat huic legi exemplum in *leg.* 32. *hoc tit.* ubi de mandato mea & tua gratia interposita agitur, idque etiam agnovit Vir Clariss. Ger. Noodt, *Probabil. Lib.* 4. *cap.* 12. §. 6. *pag.* 86. *seq. Tom. I. Op.* HEIN.

Ut pecuniam Titio fœnerares. Aliud est, verbis generalibus quid consulere aut suadere alicui, puta verbi causa, ut pecuniam fœneret simpliciter; aliud cum designatione certæ personæ, veluti ut pecuniam credat aut fœneret Titio. Prius meri consilii est, quoniam hic res tota arbitrio consultoris relinquitur, id est, illud etiam, cui pecuniam credat; & ob id, si minus idoneo crediderit, de se queri, sibique hoc imputare debet: consilium autem, si fraus non inest, excusandus: Posterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur, tu qui credis, fidem illius sequi, aliter non crediturus. Itaque si, cum Titius verbi gratia pecuniam mutuam a me peteret, aut pro alio petente fidem suam efferret, nollem autem aut debitorem eum habere, aut fidejussorem, quod suspectæ mihi essent facultates ejus, tu consuluisti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum esse affirmans; hoc consilium tuum instar mandati est: atque ex eo, si quid mihi secus evenerit, teneri te est æquissimum, propterea quod tuam hortantis & suadentis fidem secutus sum omnino, teque suasore & impulsore feci, quod alias nunquam fecissem: quamvis ut facerem tua non interfuit. (5) Ait Justinianus, quæsitum esse, *an mandanti, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares?* At hoc veri mandati exemplum est, ejus scilicet, quod mandatarii & simul aliena gratia interponitur: idem enim valet, sive mandem tibi, ut pecuniam sub usuris Titio credas, sive ut fœneres: quod mandatum certo jure obligatorium est: neque de eo unquam dubitatum videtur non magis quam de eo, quod aliena tantum cautio intercedit, veluti si tibi mandem, ut pecuniam Titio credas sine usuris, §. *præced.* junct. §. 3. *sup. eod. l.* 2. §. 2. *& penult. eod.* Quamobrem suspicor, Justinianum abusum verbo mandandi pro consulendi aut hortandi, quo paulo ante usus est, dubitatumque, an mandati teneatur, non qui ultro & sponte sua alteri forte nihil tale cogitanti mandat, ut pecuniam certæ personæ credat, sed qui aditus & rogatus tale consilium dedit, hortatusque consultorem est, ut faceret, citra animum se obligandi, ut ratio juris videatur denegare actionem; quam tamen ex bono & æquo dandam secundum Sabini sententiam placuerit. Plane qui simpliciter affirmarit, idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur, *leg.* 2. *de proxenet. l.* 2. §. *ult. de dol.* & ibi Costal. Gom. 2. *resolut.* 13. *num.* 5.

NOTÆ.

De mandato contra bonos mores.

7. *Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria faciendo mandet tibi: licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.*

COMMENTARIUS.

1 *Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem, quamvis nihil flagitiosi habeat.*

2 *Ex delicto tam mandantem, immo & consilium dantem obligari, quam mandatarium.*

3 *An qui mandavit hominem vulnerari, si occisus sit, teneatur pœna homicidii? remissive.*

MAteria seu objectum mandati sunt res licitæ & honestæ: turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in universum ex illo contractu obligatio est, *leg.* 6. §. 3. *hoc. tit. leg. nec permittendum*, 57. *pro soc. leg. generaliter*, 26. *cum seq. leg. si flagitii*, 123. *de verbor. obligat.* Itaque si quis ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum faciea-

faciendum, &c. suscepit, neque pœnam, in quam propter flagitium, neque impensas, in quas propter vulnus condemnatus est, in summa nihil mandati judicio consequi potest, propter turpitudinem mandati & quia proprii delicti pœnam præstat, *leg. si mandavero 12. §. qui idem 6. hac tit.* Sed & si nihil flagitiosi mandatur, si tamen alias, quod mandatur inhonestum sit, nulla ex eo mandati actio est; veluti si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, & tu sciens mandatum susceperis, non habebit mandati actionem. Idemque obtinet, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas: quia simile est, ac si perdituro credideris, & adversus bonam fidem, *leg. 11. §. si adolescens 12. eod. leg. 8. pro empt.* Plane si Titius tuo mandato aliquem occidit, aut vulneravit, aut contumelia affecit, etsi hic nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, uterque tamen obligamini ex delicto: neque te, qui mandasti, excusat, quod Titius facinus perpetravit: neque Titium, quod tu mandaveris. Quin nec ipsis servis, qui mandato dominorum deliquerunt in atrocioribus, ignoscitur, *l. 11. an ignoscitur 7. quod vi aut clam l. servus 20. de oblig. & act. l. ad ea 157. de reg. jur.* atque hoc in tantum procedit, ut tu parem cum Titio pœnam sustineas, *argum. Is nihil interest, 15. §. 1. ad leg. Cornel. de sicar l. 11. §. 3. de injur. l. 5. C. de accus. l. pen. C. si reus vel accus. mort.* add. Clar. *l. 5. §. fin. q. 89.* & ibi citat. cum citatis apud Baptist. Bajard *in annot.* Sed & consilium quoque in delictis eadem pœna puniri qua mandatum, communis sententia est: utique si datum sit ei, qui alioqui nihil commississet. Clar. *d. §. fin. q. 89.* Covarruv. in *Clem. si furiosus part. 2. §. 2. de homicid.* Menoch. *arb. judic. cas. 351.* Quæritur, an is, qui mandavit, hominem vulnerari tantum si mandatarius eum occiderit, pœna homicidii teneatur? Vid. Clar. *dict. quæst. 89. num. 4:* Menoch. *arb. jud. cas. 352. n. 2.* Govar. *in d. Clem. p. 2. §. 1. n. 3.* Fachin. *1. cont. 36.* Christin. *vol. 3. decis. 49.* ubi refert, negantium sententiam in judicio contradictorio probatam Senatui Mechiniensium, qui mandatum tale pœna extraordinaria puniverit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam solum & simplex mandatum, hoc est, etsi non sequatur effectus aut ad aliquem actum deventum sit, pœna arbitraria coercendum esse. Cov. *d. Clem. princ. part. 2. n. 9. v. 6.* Menoch. *arb. jud. cas. 352. n. 6.* Hæc obiter indicavi: neque enim hujus loci est, ea tractare latius.

TEXTUS.

De executione mandati.

8. *Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere, alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversæ scholæ auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.*

COMMENTARIUS.

1 *Fines mandati, qui excessit, actionem mandati non habere: quod exemplis illustratur.*
2 *An legati, aliive, qui mandatum a populo, &c. acceperunt, præcise quod mandatum est, semper sequi teneantur?*
3 *Qui color Sabini & Cassii sententiæ hic relatæ præxatur?*
4 *Contrarium Nervæ & Proculi merito prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*
5 *Licet res tanti valeat, quanti empta est, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impendit, contrario judicio consequi non posse.*
6 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ.*

LOcus insignis de executione mandati. Mandatarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediatur, aliudve faciat, quam quod ei mandatum est: alioqui tanquam non impleto mandato repetitionem impensarum contrario judicio non habebit, quamvis ipse directo teneatur, *l. potest, 41. h. tit.* Ut ecce mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeres: si tu Titianam emeris quamvis forte majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implesse mandatum, *l. 5. §. 2. eod.* Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egressus es mandatum: & ideo si fundum petam, non obstabit mihi exceptio, nisi & reliquum mihi, quod deest, mandato meo præstes, & indemnem me per omnia conserves, *d. l. 5. §. 2.* Similiter si tibi mandavero, ut pro me in diem fidejubeas, tuque pure fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti, *l. si mandavero 22. eod.* Idque est, quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse: eum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, *dict. leg. in princip.* Plane in finibus mandati constitisse videtur, qui fecit æquipollens, τὸ μὴ ἐναντίωσις, veluti si rogatus fidejubere pro Titio apud Mevium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet, *l. ult. §. ult. eod.* Hinc introduci potest quæstio agitata in philosophia, an legatus aliusve, qui mandatum a populo, principe, aut duce exercitus accepit, præcise id omne & solum, quod mandatum est, facere teneatur; an nonnumquam quædam etiam præter & contra mandatum, si videlicet ea aut videat, aut speret ei, qui mandavit utiliora fore? quam quæstionem problematice tractat Agellius *1. noct. Attic. 13.* Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus, vel maxime locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque dissolvi officium imperantis, si quis ad id quod facere jussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato, respondeat; ut ait Agell. *d. loc.* Cæterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumstantiarum, puta vel temporis, ne dum nova & longinqua mandata expectantur, occasio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur; vel certitudinis successus: quo utroque nomine excusari potest factum Phœbidæ Lacedæmonis, qui missus in Olynthios injussu Reip. arcem Cadmeam occupavit consilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Agesilaum defensorem habuit. Xenop. *l. 5. hic*, Græc. forte & ingenium ejus qui imperavit considerandum, faciline sit & placidus, an Manlius ali-

aliquis, aut Posthumius: nam si tali præceptori ratio reddenda sit, nihil faciendum monerem aliter, quam præceptum est. Illud Cæsaris est: *Aliæ sunt legati partes, aliæ Imperatoris. Aliter agere ad præscriptum, aliter libere ad summam rerum consulere debet.* Cæsar. *comment. l. 3. cap. 51.* Sed de hoc fusius scriptores politici. Vid. Besold. *de legat. cap. ubi & ibi cit. rei*, Giphan. *in præfat. comm. de Imp. instit.*

Adeo quidem ut Sabino & Cassio, &c.) Posito & generaliter recepto hoc jure, eum, qui aliud facit, quam quod mandatum est, non videri implere mandatum, quæri cœpit, quando idem aut aliud factum esse videretur, ut hinc judicari posset de actione mandati? Constitit autem dubitario fere in hac specie, si quis, cum ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris, vel pro Titio spoponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat, nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantum agere velit, paratus id, quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quam quod mandatum erat: quamquam & alio argumento utebantur, quod iniquum esse dicebant, uni dari actionem, alteri denegari: id autem in casu proposito contingere, si mandatum egresso actionem damus adversus mandantem: mandati enim cum illo actionem non esse, *l. 2. in fin. h. tit.* VINN. Recte Sabini & Cassii rationes pervidit Vinnius. Nimirum ex juris principiis negotia & actus sunt individua, quantitates dividuæ, *l. 2. §. ff. verb. oblig.* Itaque qui fines mandati excessit, non pro parte exsecutus est mandatum, sed plane aliud quid egit, *l. 5. princ. & l. 3. ff. hoc. tit.* Itaque nec actionem mandati pro parte habere poterit. HEIN. Sed Nervæ & Proculo contra visum est in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium recte agere, quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, cum verum quoque est centum emisse, cum utique majori summæ semper insit & minor, *l. 1. §. si stipulanti 4. de verb. oblig.* Itaque centum impensa, atque hactenus actionem mandatario recte dari: quod amplius est, quia est extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum; quæ sententia merito recepta est, *d. l. 3. §. fin.* junct. *l. 4. l. rogatus 33. hoc tit.* Nec video, quid in contrarium valeat alterum Sabini & Cassii argumentum, obscuriuscule a Paulo propositum *d. l. in fin.* Nam si horum mens fuit, non esse mandanti actionem cum eo, qui mandatum excessit, & ideo nec esse debere cum illo; aperte falsum assumunt. Nam pro certo jure traditum est, ei qui mandavit, competere judicium mandati adversus eum, qui mandatum egressus est, licet huic non competat adversus illum, *l. potest 41. eodem.* Sed opinor, hoc eos sensisse, cum tu pluris fundum emisti, quam ego mandaveram, puta centum & viginti aureis, cum de centum mandassem, si ego in hujusmodi specie non recte mandati tecum agam, ut mihi fundum tradas, quantumvis paratus mihi refundere pretium mandato comprehensum, id est, centum aureos; vicissim æquum non esse, ut tibi contrario judicio mecum experiri liceat, ut fundum statuto pretio recipiam, quamvis tu paratus sis, reliquum remittere. Cæterum in hac argumentatione manifeste vitiosa est illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego teneat fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit, qui etiam reliquo remisso mihi gratificatur. At iniquum est, teneri procuratorem, fundum, quem emit centum duntaxat relaturo, ad quam usque summam ut emeret, tantum mandaveram. In hac eadem specie de mandatario quæritum est, non ab auctoribus juris sed ab interpretibus, an si fundus tanti valeat, quanti emptus est, non possit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa, contrario judicio repetere, non quidem mandati, sed negotiorum gestorum, tanquam extra mandatum utiliter impensa in rem & contemplatione mandantis? Visum id olim Martino fuit & Joann. Fab. ex recentioribus Baroni, Mynsi. & Bronch. 1. *miscellan. 66. argum. leg. 2. leg. quæ utiliter, 45. de neg. gest.* Sed rectius id mihi negare videtur Joann. Bulg. & Accursius: quoniam actio negotiorum gestorum competere non potest ei, qui gessit invito domino, *leg. ult. Cod. de neg. gest.* Id autem fit in specie proposita: nam qui fines mandati excedit, is, quatenus excedit, facit contra id, quod præscriptum est, & tantum non contra expressam prohibitionem mandantis: quippe eo ipso quod quis mandat rem sibi emi centum, prohibere intelligitur pluribus sibi emi; quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, *l. liberto, 31. §. libertos 4. de neg. gest.* Et vero si mandatorem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus, manifesta ei fiet injuria, aperieturque fenestra improbis hominibus callide excedendi fines mandati. Utique mea nihil refert, utrum quis actione mandati, an negotiorum gestorum experiri queat. An ergo credimus, Jurisconsultum *in d. leg. 4.* Justinianum hoc loco actionem mandati usque ad statutum pretium duntaxat, idque ex humanitate secundum Proculi sententiam concedentes, in verbis ludere, atque in reliquum adhuc concedi voluisse actionem negotiorum gestorum? Aut Sabinum & Cassium, in totum denegantes actionem mandati, admisisse tamen actionem negotiorum gestorum? Argumentis auctorum contrariæ sententiæ facile occurri potest. Prætexitur æquitas, sed nullo colore. Nam mandatarius aut suo nomine pluris emit: & certum est, eum quatenus definitum pretium excessit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris, & hic non potest quidem mandator ultro conveniri, ut restituat totum, quod impensum est: cæterum si ipse cum mandatario agat, ut res tradatur, defenderetur mandatarius exceptione, nisi totum, quod erogavit, restituatur. Quid si facta sit traditio? Et quidem mandatarius rem tradens pretium pro eadatum indicavit, mandator hoc ipso, quod rem recipit, ratam habere emptionem videtur: quod perinde est ac si, ut tanti emeretur, ab initio mandasset, per *leg. 12. in fin. de solut. leg. semper, 60. de reg. jur. cap. ratihabitionem Cod. eod. in 6.* Si vero pretium non indicavit, tenetur mandator, ubi resciverit, emptionem probare aut improbare, ea probata totum pretium restituere, improbata rem ipsam. Ita ferme Angel. & Sylvest. *hic* citato Saliceto, ad eumdem modum distinguente in *leg. 3. hoc tit.*

Quod si minoris emeris, &c.) Qui rem aliquam minoris emit, quam ex mandato pluris emere poterat, non aliud facit, sed illud ipsum quod ei mandatum est: nec ideo mandati fines excessisse videri potest, *cui tamen* TITU-

ειτυχία. Nam qui certa ſumma rem ſibi emi mandat, etiam minoris, ſi poſſit, eam ſibi emi mandaſſe intelligitur. Itaque dubium numquam fuit, quin hic ad eam ſummam, quæ impenſa eſt, mandatarius actionem habeat, *l. 5. §. ult. hoc tit.* Non idem intelligi debet, ſi quis mandaverit certo pretio rem ſuam vendi, eaque minoris vendita ſit, *dict. l. 5. §. 3. leg. cum mandati, 12. Cod. eod.* Idem dicendum eſſet, ſi pluris vendidiſſet: quippe multum refert, cauſa mandantis melior fiat, an deterior, *l. 2. pr. d. l. 5. §. ult. eod.*

TEXTUS.

De revocatione mandati.

9. *Recte quoque mandatum contractum, ſi, dum adhuc integra res ſit, revocatum fuerit, evaneſcit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quod mandatum revocatione mandantis ſolvatur, contra communes regulas receptum eſſe: & quare?*

MAndatum itidem, ut ſocietas, non tantum ſolvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus *tit. ult. hujus lib.* ſed etiam propriis quibuſdam & remotis a communi lege diſſolvendarum obligationum; quos modo ideo Juſtinianus etiam hic tradere voluit, ſicut *tit. præced.* perſtrinxit modos finiendæ ſocietatis proprios. Recenſentur autem hic modi quatuor, quibus proprio jure mandatum ſolvitur: duo, quibus ex perſona mandantis, revocatio, & mors mandatoris: totidemque, quibus ex perſona mandatarii, mors hujus ipſius, & renunciatio.

(1) *Si, dum adhuc res integra, revocatum)* Si re adhuc intra conſenſu mutuo a mandato recedatur, ſolvitur mandatum jure communi, §. *ultim. inſt. quib. mod. toll. obl.* at ut ſola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum, *leg. 12. §. pen. l. 14. hoc tit.* videtur eſſe præter regulam, traditam in *leg. 4. Cod. de oblig. & action.* neminem ab obligatione ſemel conſtituta adverſario non conſentiente recedere poſſe. Cur igitur placet, mandatum hoc modo ſolvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod ſemel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod ſua cauſa ſuſceptum eſt, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quod quæratur mandatarius, cujus nihil intereſt, ſi re adhuc integra revocatio facta ſit. Quid ergo ſi facta ſit poſtquam res integra eſſe deſiit, id eſt, poſtquam jam mandatario per cauſam mandati quid abeſſe cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut, quod poſt a mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegeſto, aut geſto antequam ſciret, mandatorem revocaſſe, actionem mandati habet, ut conſequatur quod ei propter mandatum abeſt, ne damno afficiatur, per *leg. 15. l. inter, 26. primæ hoc tit.* Illud tamen notandum eſt, revocationem mandati non tantum expreſſe fieri, ſed interdum etiam tacite factam intelligi, ut in ſpecie *l. pen. de reb. cred. & §. ſeq. in fin.*

TEXTUS.

De morte.

10. *Item ſi adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id eſt, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum ſuſceperit, ſolvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum eſt, ſi eo morbuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum deceſſiſſe, executus fueris mandatum, poſſe te agere mandati actione: alioqui juſta & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic ſimile eſt, quod placuit, ſi debitores manumiſſo diſpenſatore Titii, per ignorantiam liberto ſolverint, liberari eos: cum alioqui ſolviſſent, quam cui ſolvere debuerint.*

NOTÆ.

10. *Liberari eos*) Non ſtricta quidem ratione, ſed tamen ratione ſumma, διὰ τὸ φιλεῖν, id eſt propter utilitatem, ſed ex æquo & bono, *dict. leg. penult. de rebus cred. leg. 11. in fin. depoſ. leg. 18. leg. 51. de ſolut.*

COMMENTARIUS.

1 *Proprium quoque mandati eſſe, quod morte tam mandantis, quam mandatarii extinguatur: & cur id viſum?*

2 *Ab eo etiam caſu mandatum finiatur morte mandatoris, cum mandavit quid fieri poſt mortem ſuam?*

4 *Quid ſibi velit, quod additur, ſi integro adhuc mandato mors intervenerit?*

4 *Interdum mandatario poſt mortem mandantis implenti mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus caſibus?*

5 *Caſus alius, & exemplum ſuperioribus ſimile.*

(1) ETiam morte, tam mandantis, quam mandatarii, mandatum extinguitur, *l. inter c. 26. & leg. ſeq. §. 3. l. mandatum, 55. & leg. ſeq. hoc tit. l. 15. Cod. eod. leg. ultim. de ſolue.* Et hoc quoque utrumque contra communem regulam juris, qua placet hæredem in univerſum jus defuncti ſuccedere. Sed nimirum natura mandati tacite continetur, ut ne mandatum perſonam egrediatur, aut mandantis aut mandatarii: non mandantis, quippe quem ſibi ſoli officioſam hanc operam ab amico præſtari, & cui ſoli, ut amico, in eo gratificari mandatarium voluiſſe putandum eſt: non mandatarii; quia induſtriæ & fidei certæ perſonæ in hoc electæ res commiſſa fuit: quæ ratio expreſſa eſt in *cap. ultim. Cod. de offic. delegat.* ſignificatur in *dict. leg. mandatum, 57. hoc tit.* explicatur in *leg. 9. de curat. furt.* Cic. pro *Roſc. Amer. c. 39. Nemo enim mandat, niſi amico & fideli.* Itaque cum præſtatio officii in mandato, & ratione ejus, cui præſtatur, & ejus qui præſtat, tota perſonalis ſit, nimirum videri non debet, mandati obligationem cum perſona eorum exſpirare, *l. 8. §. 3. de lib. legat.* Videamus prius de mandatore. Igitur ſi mandator integro adhuc mandato deceſſerit, dicimus, mandatum ſolvi, ut jam nec is, qui mandatum ſuſcepit, id mortuo mandatore implere teneatur, nec hæredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi, *dict. l. inter, 26. & arg. leg. ſeq. §. 3. hoc tit.* Ex quo intelligimus, neque illum, ſi mortuo mandatore mandatum executus fuerit, ullam adverſus hæredes mandatoris actionem habere, neque ex diverſo, ſi executus non ſit, hæredes mandatoris agere poſſe, ut exequatur, aut id, quod eorum intereſt, præſtet. (2) De illo quæritur, an mandatum morte mandatoris uſque adeo ſolvatur, ut idem probandum ſit, etiamſi nominatim mandaverit quid

fieri potest post mortem suam? Et in eo hæc distinctio communiter probata est, ut hujuscemodi mandatum post mortem mandatoris non finiatur, sed omnino implendum sit, si tale sit, quod non nisi post mortem ejus impleri queat, veluti si cui funeris sui curam mandaverit, aut post mortem suam sibi monumentum fieret, aut hæredibus suis fundus emeretur, *leg.* 14. §. 2. *de relig. l.* 12. §. *ult. & leg. seq. hoc tit.* Sin autem quod mandavit, eo vivo impleri potuit, mortuo eo mandatum extingui: veluti si jusserit debitorem suum post mortem suam solvere Titio, *leg. ultim. de solut.* cujusmodi etiam causa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non obstante mandato, integra servata intelligitur. Similiter ex converso mandatum solvi placet, si mandatarius re adhuc integra decesserit; & ob id hæredes ejus non tenentur, quod ille suscepit, exequi: & licet sponte executi fuerint, actionem tamen mandati non habent, *l. si quis*, 27. §. 3. *leg. mandatum*, 57. *hoc tit.* VINN. Atqui in *l.* 14. §. 2. *ff. de religios.* non datur actio mandati, quod factum oporteret, si mandatum morte non extinctum fuisset; sed actio de dolo. Doli enim reus erat, *qui pecunia accepta funus non duxerat*, obligatus non ex contractu mandati, sed innominato do ut facias. HEIN. Cur vero in utraque specie additur, si re adhuc integra mors intervenerit? Non sane quod postquam res integra esse desiit, seu interesse cœpit, morte alterutrius interveniente mandatum non solvatur, & adhuc libere perfici possit, quod cœptum est: sed quia obligatio mandati & actio ante mortem nata post mortem perseverat, *leg. inter*, 26. fac. *dict. leg. mandatum*, 57. *& leg. seq. eod.* (3) Ut ecce, actio mandati statim competit, cum cœpit interesse, *t.* 8. §. *mandati*, 6. *eod.* Et igitur sive mandatarius decesserit, quo tempore jam interesse cœperat mandatoris, puta cum jam ille eamdem rem per alium explicare non poterat, sive decesserit mandator, cum res non amplius integra esset mandatario, quod forte jam sumptus ad negotium exequendum necessarios fecisset, actio mandati semel alterutri quæsita neutrius morte intercidit, *dd. ll.*

(4) *Tu ignorans eum decessisse executus fueris*) Etsi mandatum morte mandatoris extinguitur, & ideo secundum stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest; tamen utilitatis causa, seu bono & æquo placet impleto per ignorantiam mandato actionem ei dari, *leg. inter*, 26. *leg. si præcedente*, 58. *hoc tit.* quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, ut eleganter ait Ulpianus, *leg. si fidejussor*, 20. §. *si quædam*, 5. *eod.* Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignarus mortis mandatoris, errore juris persuasus id sibi incumbere, mandatum impleverit, argumentum ejus, quod de hæredibus mandatarii simili errore mandatum exequentibus Papinianus respondit *leg. mandatum*, 57. *eod.* nam & alias, cum de damno vitando agitur, error juris nocere non solet, *leg.* 7. *& 8. de jur. & fact. ign.* Illud hic quæri potest, an si forte ad consummationem mandati adhuc aliquid desit, id recte absolvatur, vel a mandatario post mortem mandatoris ei cognitam, vel ab hæredibus mandatarii post mortem illius? In quo hæc distinctio probanda videtur, ut siquidem ea, quæ agenda supersunt, cum prioribus connexa non sint, tum non liceat, mandatario aut hæredibus ejus reliqua implere: sin vero connexam cum negotio cœpto rationem habeant, tum illis liceat, immo incumbat, *arg. leg.* 5. *si tutor*, 5. *leg. tutorem*, 37. §. 1. *de adm. tut. leg.* 13. *de tut. & rat. distr. leg.* 3. §. *penult. de cont. act. tut. l.* 11. *Cod. arb. tut.*

Alioqui justa & probabilis ignorantia) Justa & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet; atque in proposito ne juris quidem, per *leg. mandatum*, 57. *hoc tit.* ubi ignoscitur hæredibus mandatarii, iisque actio conceditur, qui errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

(5) *Huic simile est*) Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatoris per ignorantiam mandatarii, illud illustrat exemplo simili; nempe creditorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet: quamvis stricta ratione juris non liberentur, cum alii solverint, quam cui oportebat, *leg.* 11. *in fin. depos. l. penult. de reb. cred. leg. si quis*, 18. *leg. dispensari*, 51. *de solut.* Quod ut intelligamus, tria hæc scire oportet; 1. dispensatorem dici servum pecuniis domini exigendis & administrandis propositum, *dict. leg. penult. de reb. cred. dict. leg.* 18. *de solut.* 2. qui servum dispensatorem facit, eum intelligi suis debitoribus mandare, ut ei solvant, *l. in credit*, 31. *de evict.* 3. qui servum dispensatorem manumittit, tacite mandatum revocare. Est vero liberatio hæc communis, omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum esse, procuratori quondam creditoris solverunt, *l.* 12. §. 1. *l. qui hominem*, 34. §. 3. *de soc.*

TEXTUS.

De renuntiatione.

II. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, aut quam primum renunciandum, aut per semetipsum, aut per alium eamdem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntietur, ut integra causa mandatori reservetur, eamdem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: nisi justa causa intercesserit aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur mandatum solvi placeat tempestiva renuntiatione? & quid si intempestive renuntiatio facta?*
2 *Mandatarium præter dolum etiam culpam præstare, & qualem?*
3 *Justa causa interveniente excusari mandatarium, licet non renuntiaverit, aut non tempestive.*

PRoponitur hic & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe renuntiatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renuntiatione mandatarii mandatum solvi placet. (1) Quippe quod officii causam habet, non magis reluctanti extorqueri, quam invito obtrudi convenit: nec oportet quemquam difficilem esse in eo, in quo dispendium ejus nullum vertitur, *l. in credit*, 31. *de evict.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renuntiet, *leg. si mandavero*, 22. §. *ult. si quis*, 27. §. 2. *hoc tit. & princ. hujus text.* ut frustra objiciatur, *leg.* 5. *C. de oblig. & action.*

Susce-

Susceptum consummandum, aut quam primum renuntiandum) *dict. l.* 12. §. *ult. dict. l.* 27. §. 2. Quo probatur, quod modo diximus, mandatarium sub disjunctione obligari, ut aut officium susceptum exequatur, aut cum primum poterit, renuntiet. Renuntiatio aut tempestive fit, id est, ita ut integra facultas mandatori conseratur eamdem rem æque commode explicandi; aut intempestive, id est, eo tempore, quo jam mandator neque per se, neque per alium idem negotium expedire potest. Renuntiatione tempestiva mandatum omnimodo solvitur, ut tamen actio competat ex antegesto. Intempestiva vero mandatarium non liberat, sed nisi justa causa intercesserit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præcise impleat, sed ut præstet, quod mandatoris interest impletum esse *dd. ll. & hoc text.* sicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, *leg. si quis*, 15. §. 1. *de re judic.* §. *ult. supr. de verb. oblig.* (2) Circa obligationem mandatarii incidere solet quæstio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat? Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ nihil a mandatario exigendum secundum definitionem, *l.* 5. §. 2. *commod.* esse enim similem depositario, seu ei, qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem esse & contemplatione alterius rem suscipere. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos textus, quibus expresse traditum est, mandatarium non tantum de dolo, sed etiam ob culpam teneri, *l.* 8. §. *ult. hoc tit. leg. procuratorem*, 11. *Cod. eod. leg. contractus*, 23. *de reg. jur.* Modest. *in collat. leg. Mosaic. & Roman. tit. de depos.* Certum autem est, verbo culpæ absolute posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire. Sic enim diserte scriptum est in *leg. a procuratore*, 13. *Cod. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præstare, solum casum improvisum non præstare: Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet, quod traditur in *leg. in re*, 21. *Cod. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse, Cui similis est locus apud Ciceronem in *Orat. pro Rosc. Amerino*, c. 38. ubi de judicio mandati differens, ait, in minimis rebus teneri mandatarium, si quid non modo malitiosius, verum etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato recedimus a regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam, cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is, qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere; & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur. Quod deposito non convenit; nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide opus est duntaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo, qui deposito obtulit, quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa, quam quod offerendo se, diligentia sua promittere videatur, *leg.* 1. §. *sæpe*, 35. *depos.* Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, quæ modo mandantis, modo mandatarii, modo utriusque utilitatem spectant: quoniam vident, eam distinctionem in commodato probatam esse, *leg.* 5. §. 2. *in fin.* junct. §. *interdum*, 10. & *in l. rebus*, 18. *in fin. ff. commod.* Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius mandantis gratia intervenit, dolus duntaxat, & culpa lata præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis; solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum non cadit: nec quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, §. *tua tantum*, 6. *hoc tit.* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet, *d. l. in re*, 21. *Cod. hoc tit.* ut proinde cum de obligatione mandatarii circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantum considerari debeat ut rem alienam gerens; quomodo etiam consideratur in *dict. l. in re*, 21. & *passim in hoc arg.* Plane in iis, quæ factum commissum consequuntur, interdum culpa, aut fraude carere sufficit, *l.* 8. §. *ult. l.* 10. *l.* 29. §. 4. *hoc tit.*

Justa causa intercesserit, &c.) Hoc admisso renunciatione tempestiva mandatum solvi, consequens fuit, ut etiam propter intervenientem justam causam aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi, excusationes mandatarius allegans audiri debuerit. (3) Justa non renuntiandi aut omittendi mandati causa est, veluti si actiones mandatario competituræ inanes illi futuræ sint, eo quod mandator solvendo esse desierit, ne forte mandatario pareat, quod impendit. Item inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus nec mandatorum credibile est amplius opera mandatarii uti velle, nec ab hoc exigi debet, ut eamdem illi operam porro præstet. Non tempestive renuntiandi, adversa valetudo, aut similes casus, quibus impeditus tempestive renuntiare non potuerit, *leg. sane*, 23. *l.* 24. & *l. seq. eod.*

TEXTUS.

De die & conditione.

12. *Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.*

COMMENTARIUS

MAndatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, ut hic, & *leg.* 1. §. *pen. eod.* & cum mandati obligatio mere a consensu pendeat, potest per nuntium quoque vel per epistolam mandatum fieri ac suscipi, *dict. l.* 1. *pr.* & §. 1. sed hæc, & alia id genus, *sub rubr.*

TEXTUS.

De mercede.

13. *In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et, (ut generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati sive depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.*

COMMENTARIUS.

1 *Honorarii sive salarii constitutione mandatum non vitiari; nec tamen de ipso salario actionem mandati esse.*
2 *Pactum de quota litis jure improbatum esse.*
3 *Operas liberales pretio nummario non æstimari.*
4 *In dubio præsumendum non esse fullonem, & operam gratis suscipere.*

MAndatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippe officio atque amicitiæ contraria est merces, *leg. 1. §. ult. leg. ita ut, 36. §. 2. hoc tit.* alioqui videretur mandatarius καπηλεύειν τὴν φιλανθρωπίαν, beneficium cauponari. (1) Enimvero gratiam referre amicitiæ bene convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non desinit, si remunerandi causa honor intervenerit, *leg. 6. princ. cod.* ubi Jurisconsultus figurate honorem appellat pecuniam remunerandi sive honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur, *leg. in fin. princ. si mens. falsa. mod. l. 1. §. in honorariis, 10. de extraord. cogn. l. 7. leg. qui mutuum, 56. §. pen. hoc tit. leg. 1. l. 17. Cod. eod.* & a mercede hoc differt, quod merces fere analoga sit operæ, sed ita constituatur, ut æstimationi operæ proportione respondeat; honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio. Etsi vero honorarii sive salarii constitutio mandatum non vitiat, nec impedit quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati judicio peti potuissent, si salarium non interveniisset, *d. l. 6. in princ.* de ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, *l. 7. l. qui mutuum, 56. pen. eod. l. 1. C. eod.* Utique autem ut peti possit salarium, promissum & conventum esse oportet, saltem nudo pacto: si nullum constitutum sit, nulla quoque eo nomine persecutio est: in tantum, ut nec si promissum sit, sed incertæ quantitatis, nulla adhuc sit aut extraordinaria salarii petitio, aut actio mandati, ut certum constituatur, *l. qui mutuum, 56. §. pen. hoc tit. l. 17. Cod. eod.* sed hoc forte ad eos solos pertinet, qui familiaritatis causa operam præstant, non ad Advocatos, &c. per *l. 1. §. 10. & l. 4. de extr. cogn.* Certe hodie moribus nostris possunt Advocati & Procuratores forenses (*mits overleveren de declaratie van hare besoigne, conform de instructie van de hoven ende lage vierscharen*) petere salarium, quantumvis nullum pacti aut stipulati sint, dum tamen instructionem suam, quam Curia dedit, non excedant. Add. Guid. Pap. *q. 67.* Papon. *lib. 6. tit. 12. Arrest. 12.* Garz. *de expens. & mel. c. 20. n. 15.* Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amant, id est, cum advocatus aut procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tanquam quod turpe adversus bonos mores sit, *l. 7. hoc tit. l. si contra, 20. C. eod. l. sumptus, 53. de pact. l. 1. §. si cui, 12. de extr. cogn.* Donel. *post alios, in d. l. si contra, 20.*

Mercede constituta incipit locatio esse) Modo tale factum sit, quod locari soleat: qualia fere sunt, quæ mercede eaque proportionata facto æstimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio nummario æstimari indignum est, ideoque nec cum iis, qui ingenio, patrocinio, fide, consilio operam impendunt, crediderunt veteres locationem & conductionem esse: & quicquid hic vel datum vel constitutum est, non merces, sed honorarium dicitur: de quo extra ordinem cognoscit Prætor. Sed neque talis facti locatio est, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit: veluti si pecuniam tibi dem, ut servum manumittas, non locatio & conductio est, sed contractus innominatus, *leg. 5. §. 2. de præscr. verb.*

Fulloni aut sarcinatori nulla mercede constituta, &c.) Id est, cum fullo aut sarcinator eam operam gratis & amicitiæ causa expresse susceperunt: alioqui non mandati actio, sed præscriptis verbis competit, *leg. si tibi, 22. de præsc. verb. §. 2. supr. de locat.* Bachov. ubi Cajus scribit, cum gratis ejusmodi operam fullo aut sarcinator suscipit, mandati obligationem esse: cum mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geri: si neque gratis, neque protinus data aut constituta mercede, sed eo animo, ut merces postea constitueretur & daretur, esse contractum innominatum, ex quo in factum actio, id est præscriptis verbis detur. Talis autem animus utrinque præsumendus est, cum fulloni, sarcinatori, & similibus, qui manuum opera victum quæritant, & spe lucri eam suscipiunt, aliquid faciendum datur, nisi nominatim convenerit, ut gratis præstaretur, fac. §. 1. *supr. de locat.*

TITULUS VIGESIMUS OCTAVUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

TEXTUS.

Continuatio.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Particulam quasi notam esse similitudinis, & simul improprietatis.*
3 *Falsos esse, qui putant, obligationem hic nasci ex tacita conventione.*
4 *Non esse confundendum tacitum cum ficto, expressum cum vero.*
5 *Factum, unde hic obligatio nascitur, non male vulgo quasi contractum appellari: & quid sit?*

(1) EXpositis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ nascuntur quasi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa distributione, proposita §. *ult. supr. de oblig.* secundum locum tribuit. Ait, *quasi ex contractu.* (2) Particula *quasi* & similitudinis nota est, & improprietatis; quamobrem recte dicemus, quasi ex contractu obligationem nasci, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi - Improprietatem noto, cum dico citra conventionem: nam ex contractu nulla est obligatio sine conventione, *l. 1. §. 3. de pact.* Similitudinem, cum dico, ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficii.

Neque

Neque aliam rationem ait Cajus *leg. 5. de obl. & act.* aut Justinianus *hoc tit.* reddunt, cur quasi ex contractu obligatio nasci dicatur. (3) Sunt qui etiam ex conventione hic obligationem nasci tradant, non quidem expressa, sed tacita. quod non probo. Nam quid refert, tacite seu re & facto aliquo consensus declaretur, an verbis & conventione expressa? Utique enim tacita conventio non minus vera conventio est, *leg. 2. l. 4. §. ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quam verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quod tacite inter contrahentes agitur, pro expresso habetur, *l. 3. de reb. cred. l. semper, 34. de reg. jur.* Ita societas tacite contrahi potest, *l. 4. pro socio*: item mandatum *l. 6. §. 2. l. qui paritur, 18. mand.* locatio conductio *l. 12. §. ult. locat.* Denique conventio sæpe titulo contractus inclusa est, ut conventio restituendi in mutuo, commodato, deposito, pignore. Sed nec posse hic vel tacitam conventionem intervenire, intelligi ex eo patet, quod omnis conventio plurium est, *leg. 1. v. de pact.* hic autem ex facto unius fere obligatio oritur. Adde, quod quasi ex contractu inviti quoque & ignorantes obligamur, §. 1. *infr. hoc tit. leg. 2. de neg. gest.* adeo ut ea obligatione etiam furiosi & pupilli teneantur, *leg. 4. §. & si, 5. dict. tit. leg. furiosus, 46. de oblig. & action.* Postremo nusquam proditum est, ullum consensum hic vel tacite intervenire, sed obligationem ex re nasci, *dict. leg. 46.* in eam nos incidere, *leg. hæredes, 25. non tantum, 16. famil. erciscund.* utilitatis causa introductam esse, *leg. 5. de oblig. & action. 1. hoc tit.* (4) Plane si quis tacitum appellet, non quod simpliciter expressum non est, quod nec verum est, sed fictum, & contra naturam gesti auctoritate juris præsumptum, *leg. 3. in fin. cum leg. seq. quib. ex caus. in poss. leg. 13. in fin. commod.* hoc sensu per me licet, obligatio quasi ex contractu veniens dicatur nasci ex tacita conventione. Sed cavendum omnino est ab iis, qui nullum verum contractum agnoscunt sine expressa conventione, nullam veram conventionem, quæ non eadem & expressa sit: confundentes expressum cum vero, tacitum cum falso & ficto. VINN. Rem acu tetigit Vinnius, dum consensum tacitum negat esse fundamentum obligationum, quæ quasi ex contractu nascuntur. Bene quoque facit, quod concedit, quasi contractum ex consensu ficto vel præsumpto nasci. Hinc commodissime definietur quasi contractus, quod sit *factum honestum, quo & ignorantes obligamur ex consensu ob æquitatem vel utilitatem præsumpto*. Si definitionem Justiniani, quam in *princ. hoc tit.* tradidit, sequimur, etiam pactum legitimum vel adjectum cum D. Pagenstechero pro quasi contractu venditare cogemur. Sin Vinnii descriptionem adoptamus; & obligatio erit quasi contractus. Est enim factum non turpe: quo alter alteri (pater liberis ad alimenta præstanda) sine conventione obligatur. Et quot non tunc erunt quasi contractus? HEIN. (5) Factum, unde hic obligatio nascitur, cum Interpretibus, contempta quorumdam superstitione, quasi contractum appellamus. Nam etsi veteres non ita hic loquuntur, uti dicant, obligationem nasci; alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducta sunt, ea nota sic distinguunt; ex quibus hæc, quasi possessio, quasi maritus, *leg. 32. §. pen. de don. int. vir. & uxor.* quasi Serviana actio, peculium quasi castrense. Nonnumquam appellatione contractus etiam quasi contractus comprehenditur, §. 1. *infr. de act. l. ex contractibus, 49. de obl. & act. l. 23. de reg. jur.* & interdum absolute contractus vocatur, *leg. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. caus. pign.* largo scilicet modo, & per abusionem, *leg. 3. in fin. cum leg. seq. quib. caus. in poss.* Sic autem non male quasi contractum definiemus, factum omne non turpe, quo aut is qui fecit alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, sine conventione obligatur. Cujus generis facta quinque hic recensentur, negotiorum gestio, administratio tutelæ, communionis rerum citra societatem susceptio, aditio hæreditatis, indebiti solutio.

TEXTUS.

De negotiorum gestione.

1. *Igitur cum quis negotia absentis gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit; ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent; desererentur negotia: quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habituras esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum, ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.*

NOTÆ.

1. *Absentis*) Qui præsens patitur negotia geri, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. 18. mand.*

Contraria) Ita dicta, quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem, *leg. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam.*

Ad exactissimam diligentiam) Pac. *leg. 21. C. mandat. leg. 24. §. 16. famil. ercisc. l. 24. de usur.* Tenetur ergo negotiorum gestor, non tantum si quid lata aut levi culpa peccavit, sed etiam, si quid vel culpa levissima: nullaque causa est cur levius obligetur, quam depositarius, qui ultro se deposito obtulit, *leg. 2. §. 35. depos.*

Nec sufficit talem, &c.) His verbis perspicue significatur, etiam culpam levissimam a gestore præstari, arg. *l. 2. supr. quib. mod. re contr. obl.* ubi eadem præstatio & iisdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus solummodo præstatur, ut in casu *l. 3. §. 9. de neg. gest.*

COMMENTARIUS.

1 *Negotiorum gestionem esse factum naturæ media inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantum latere sunt obligatoria.*

2 *Actio ex gesto directa cui detur, item cui contraria? & quid utraque continent?*

3 *Doline tantum, an etiam culpæ, & cujus nomine gestor teneatur, accuratius quam vulgo.*

PRima species quasi contractus, negotiorum gestio. Ex Cajo *leg. 5. de oblig. & action.* ait *cum quis negotia absentis gesserit*. Videlicet sine mandato aut ignorantia: nam si ex mandato gesserit, palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si vero sine mandato gesserit, nascitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Cæterum hæ actiones nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non geritur negotium invicem: sed quia nec maleficium est, alia negotia sine mandato administrare, nec dominus negotiorum quicquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hic obligatio oriri videtur, *dict. leg. 5. de obl. & action. l. 2. de neg. gest.*

Domino directa competit actio) Monuimus in explicatione, §. 2. *supr. quib. mod. re contr. obligat.* quosdam contractus, qui ex uno tantum latere obligant, quosdam qui ex utroque, nonnullos etiam esse naturæ intermediæ, ex quibus nec semper unus tantum, nec semper uterque obligetur. (1) Hujus generis, præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodatum, depositum, pignus, etiam mandatum est, & quasi contractus mandato similes, negotiorum voluntaria administratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparati non sunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium est, ita nec ab initio ex his causis obligatur; sed ut obligetur, fit ex accidenti & per consequentiam, si quid alter de suo necessario aut utiliter impendit, alter autem statim tenetur ex directo, ex ipso contractu aut negotio. Hinc est, quod actio, quæ ex his causis domino proposita est, directa dicitur, & interdum principalis, *leg. in commodato, 17. §. 1. commod.* quæ adversus dominum, contraria; quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem. Et in proposito igitur actio, qua negotiorum gestor tenetur domino, est & dicitur actio negotiorum gestorum directa: qua dominus per consequentiam tenetur gestori, cui per causam gesti quid abest, contraria.

(2) *Adversus eum, qui gessit.*) Ut gesti rationem reddat, & interdum non gesti, videlicet ejus, quod gerendum suscepit: nam novum inchoare non habet necesse, *leg. nam & Servius, 21. §. 21. de neg. gest.* Gesti obligatio duo continet. Restitutionem ejus, quod per occasionem negotii ad gerentem pervenit, *leg. 2. eodem*; exempla sume ex *leg. 8. §. 1. leg. si quis, 23. eod.* & damni ejus, quod perperam gessit, præstationem: cæterum hic lucrum cum damno casu dato pensatur, *leg. 11. eodem.* In non gesto non tantum damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, sed etiam lucri omissa, ad quod declarandum, accommodatissimum exemplum est, quo & veteres utuntur, in debitore, qui creditoris sui negotia gessit, *leg. 6. §. ult. l. 7. leg. divortio, 35. eodem.*

Negotiorum gestori contraria) Si modo utiliter negotium gessit: nam qui gessit inutiliter, actionem non habet, *leg. 2. eodem.* Competit autem hæc actio ut cæteræ ejusdem naturæ, de indemnitate, *leg. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam.* & in proposito duarum rerum nomine comparata est: nempe ut præstetur & quod abest ei, qui utiliter gessit, puta si de suo quid erogaverit, aut quid consecutus non sit, quod alias consequi potuisset, & quod ei absuturum est, veluti si se in rem absentis alicui obligavit, *d. l. 2. l. si quis, 18. de neg. gest. l. ob negotium, 13. Cod. eod.*

Subita festinatione coacti) Sed & sæpe homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id curam negotiorum suorum mandant; denique novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, *l. 5. in pr. vers. ideo de obl. & act.*

Dominum habet obligatum negotiorum gestorum) Cujacius, Hotomannus, Wesembecius legunt, *habet obligatum dominum negotiorum*. Et ita quoque Theophilus legisse videtur.

(3) *Ad exactissimam diligentiam*) Secundum regulam traditam *l. 5. §. 2. commod.* non plus a negotiorum gestore exhibendum videtur, quam a depositario, nimirum ut dolum præstet duntaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximam; quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quam depositarii in deposito, commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris est, non doli tantum nomen, sed etiam culpæ gestorem obstringi, *l. 11. de neg. gest. l. tutori, 20. Cod. eod. l. contractus, 23. de reg. jur.* Sed nimirum, ut superius quoque sub §. 2. *supr. quibus mod. re contr. oblig. & §. propæn. præc. tit.* monui regula de dolo duntaxat præstando in negotio, in quo suscipientis nulla versatur utilitas, vim suam perdit, cum quis se negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia sua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui ad aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantum eo nomine teneri, si quid consulto, lata aut levi culpa peccavit, sed etiam si quid vel culpa levissima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque summa & exactissima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior utilius negotia administraturus esset. Quibus verbis palam est significari, etiam culpam levissimam a gestore præstandam esse, cum eadem plane præstatio & iisdem verbis imponatur commodatario, quem sane etiam ob levissimam culpam teneri constat, *d. §. 2. supr. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. & ille 4. de obl. & act.* Hoc idem non obscure indicat *l. hæredes, 25. §. non tantum, 16. fam. ercis.* ubi Jurisconsultus scribit, cohæredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præstare, diligentiam autem non majorem, quam rebus suis, neque enim hos esse similes negotiorum gestori, ut summa ab iis diligentia exigi debeat, quoniam negotiorum gestor causam gerendi non habet, illi habent propter partem suam: Sed quod scriptum est in *l. 21. Cod. mand.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse tam ad negotiorum gestorem, quam mandatarium pertinet, & vel magis ad illum, qui se ingerit, quam ad hunc, qui rogatus gerit. Postremo nulla causa est cur levius obligetur, qui se miscet rebus ignorantis, quam depositarius offerens se deposito. At hunc illa officii oblatio periculo depositi sic illigat ut omnia præstet, præter improvisos casus, sicut diserte scriptum est in *leg. 1. §. sæpe, 35. depos.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad absentium negotia gerenda accedat: quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo sit, qui ea capessat, futurum esse, ut pereant. Resp. etiam interesse absentium: ne quis temere se negotiis eorum immiscеat; & diligentiorem forte antevertat. Neque enim

enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur, cumque id sit, doli tantum nomine gestorem teneri placet, *leg.* 3. §. *interdum*, 9. *de neg. gest.* sed sæpe homines præpropere se alienis ingerunt, non affectione ducti ad negotia alioqui peritura accedentes, sed acti aut spe emolumenti, aut præpostera curiositate. Quo pertinet *lex culpa*, 36. *de regul. jur.* ut vel maxime absentium utilitas in eo vertatur, quicumque se negotiis alienis nulla urgente necessitate immiscent, intelligant, nihil in eorum administrationem omissum neglectumve impune fore. Interpretes communiter post *Gloss. hic*, statuunt, eo demum casu negotiorum gestorem propter culpam levissimam teneri, cum alius diligentior ad gerendum se obtulit: nimirum verba illa hujus textus, *si modo alius diligentior*, &c. pro limitatione accipientes quod non convenit sententiæ hujus loci qui descriptionem quamdam continet exactissimæ diligentiæ, cui culpa levissima opponitur, *arg.* §. 2. *supr. quib. mod. re contr. oblig.* 1. §. & *ille*, 4. *de oblig.* & *action.* add. Paul. 1. *sent.* 4. *leg.* 24. *Cod. de usur.* VINN. Aliquando & casum præstat negotiorum gestorum gestor, si vel minus, *l.* 11. *ff. de negot. gest.* vel causam & occasionem dederit, §. 2. *Institit. quibus modis re oblig. contr.* Aliquando ne levem quidem culpam, sed dolum & culpam latam duntaxat præstat: puta si quis affectione ductus, ne bona absentis distrahantur, se negotiis ejus obtulerit, *leg.* 3. §. 9. *ff. de neg. gest.* HEIN.

TEXTUS.

De Tutela.

2. *Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones: Non tantum enim pupillas cum tutore habet tutelæ actionem; sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.*

COMMENTARIUS.

1 *Tutorem in rebus pupilli non tantum dolum, sed etiam culpam præstare.*

2 *Cur levem, duntaxat culpam, non etiam levissimam tutor præstet?*

SEcunda species quasi contractus, administratio tutelæ. Necessarii quoque rerum alienarum administratores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes cum pupillis ullum negotium contrahunt: multoque minus ea res speciem maleficii aut quasi maleficii habet, *leg.* 5. §. 1. *de ob. oblig.* & *action.*

Actiones mutuæ) Pupillo prodita est actio tutelæ directa, qua, finita tutela, *leg.* 5. *de tut.* & *rat. distr.* tutorem convenire potest, ut rationem reddat administrationis suæ, & tam non gesti, quam gesti, atque ut reliqua inferat, *leg. d. tit. l.* 7. *l.* 9. *C. arbitrium tut. l.* 2. *Cod. si tut. vel cur. non gest.* (1) Et quamvis in administratione tutelæ nulla versetur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantum dolum & culpam latam, sed etiam levem præstare, *leg. contra-ctus*, 23. *de regul. jur dict. leg.* 7. *Cod. arbitr. tut.* quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constitui suasit. Quidquid ergo vel dolo tutoris, aut lata ejus culpa, vel etiam levi amissum vel non acquisitum erit, cum conservari aut acquiri potuisset, hoc in tutelæ judicium veniet, *dict. leg.* 1. *l. cum tutor*, 18. *de tut.* & *rat. distr. dict. l.* 7. & *l.* 4. *Cod. arb. tutor. l. si tutori*, 23. *Cod. de adm. tutor. l.* 3. *Cod. de peric. tutor.* (2) Enimvero quoniam necessitas gerendi excusatione digna est, si tutor pro captu suo bona fide facit, quod potest, non majorem diligentiam ab eo requiremus, quam quantam suis rebus adhibere solet, hoc est, ut levem culpam præstet duntaxat, non etiam levissimam, *dict. l.* 1. *de tut.* & *rat. dist. dict. l.* 7. 7. *Cod. arb. tut. l. a tutoribus*, 33. *princ. de adm. tutor.* Frustra vero ex *l.* 4. *Cod. de peric. tutor.* quæ ait, a tutore fortuitos casus non præstari quidam eliciunt, tutorem teneri ex cæteris causis omnibus, atque adeo ex culpa quoque levissima. Add. Pet. Fab. *ad l.* 22. *de regul. jur.* Vice mutua, tutor cum pupillo, cujus tutelam gessit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, sive impenderit quid in rem pupilli, sive aut se, aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & ab obligationibus liberetur, *l.* 1. *in princ. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. Cod. eod.* Hæc eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt, *l.* 8. §. 1. *de reb. eor. qui sub. tut. l.* 3. *C.* 4. *l.* 8. *C. arbitr. tut. cum similib.*

TEXTUS.

De rei communione.

3. *Item si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit; non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.*

De hæreditatis communione.

4. *Idem juris est de eo, qui cohæredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.*

NOTÆ.

3. *Sine societate*) Datur quidem judicium communi dividundo etiam cum ex societate res communis est, *l.* 1. & 2. *comm. div.* sed eo casu est ex contractu.

Et alter eorum alteri) Principalis finis judicii communi dividundo est, ut res dividantur, & a communione recedatur. §. 4. & 5. *infr. de offic. jud. d. l.* 1. 1. *comm. div. l.* 1. *fam. ercisc.* tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine, *l.* 3. *dict. tit.* lucri, ut in *l.* 3. *Cod. eod.* §. 4. *inf. de offic. jud.* damni, ut *l.* 16. §. *pen. l.* 25. §. 16. *fam. ercisc.* impensarum, ut *l.* 18. §. 3. *d. tit. l.* 4. §. 3. *comm. div.* & *hoc text.*

Quod socius ejus solus) Observat, socium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra causam societatis, puta collegatarium ejusdem rei, &c. sed ista societas voluntaria non est, sed necessaria.

4. *Qui cohæredi familiæ erciſc.*) Quippe ſemota hæreditatis diviſione, cætera ſunt utrique judicio cum altero communia, *l. 6. §. 11. comm. dio.*

COMMENTARIUS.

1 *Crmmunio inter aliquos conſtituta quarum rerum obligationem pariat?*
2 *Culpa in judicio communi dividundo ad quam diligentiam dirigatur?*

TErtia ſpecies, quæ quaſi ex contractu obligationem producit, eſt communio rerum inter aliquos citra ſocietatem ſuſcepta. Rerum communio ſic inter aliquos conſtituta, ſive hæreditatis inter cohæredes, ſive rerum ſingularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata eſt, quive ſimul eamdem rem emerunt ſine affectione ſocietatis, duarum rerum obligationem parit: nam & conſortem ad rerum diviſionem obligat; & in communione manenti præſtationibus quibuſdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, *l. item Labeo*, 22. §. 4. *fam. erc. l. 4. §. 3. comm. divid.* Prima & præcipua hic obligatio eſt, quod conſors, ſi ſponte communionem omittere nolit, compellatur ad diviſionem judicio diviſorio; in quo hoc maxime agi conſtat, ut ſua cuique parte adjudicata, a communione, quam nec ſuſcipere, nec retinere quiſquam cogitur, *l. 26. de cond. ind. l. ult. C. comm. div.* diſcedatur *l. 1. fam. erc. l. 1. comm. div. §. quædam*, 20. *inf. de act.* Diviſio rerum qualis ſit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, explicatur §. 4. *& ſeqq. inf. de offic. jud.* Præſtationes perſonales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impenſarum nomine, *l. 3. cum div.* Lucri, ut, ſi quid ad unum e conſortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, *l. 3. C. eod. d. §. 4. infr. de offic. & hoc text.* Damni, ut, ſi quid damni in re communi datum aut factum eſt culpa aut negligentia unius, id cæteris proportione cujuſque ſarciat, *l. 16. §. pen. l. hæredes*, 25. §. *non tantum*, 16. & §. *item culpæ*, 18. *l. inter cohæredes* 44. §. *quod ex fact. 5. fam. erc.* (2) Culpa autem non ad exactiſſimam diligentiam dirigitur: quoniam qui rem cum alio communem habet, propter ſuam partem cauſam habet gerendi, & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quam qualem ſuis rebus adhibere conſuevit, *d. l. hæredes*, 24. §. *non tantum* 16. Impenſarum, ut, ſi quæ ab uno in res communes factæ ſunt, quas propter partem ſuam neceſſe habuit facere, ei a cæteris pro rata refundatur, *hoc text. l.* 18. §. 3. *d. l. hæredes*, 15. §. *idem jurit*, 13. *& ſeqq. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. div.* Quorum omnium conſequendorum cauſa comparatæ ſunt actiones inter hæredes familiæ erciſcundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes ſunt, extra cauſam hæreditatis, communi dividundo, *tit. ff. & C. fam. erciſc. & comm. div.* Sive autem propter præſtationes illas, ſive propter diviſionem rerum hæc judicia reddantur, ſemper quaſi ex contractu proficiſcuntur.

TEXTUS.

De aditione hæreditatis.

3. *Hæres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur; (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius geſſiſſe proprio dici poteſt), & tamen quia ex maleficio non eſt obligatus, quaſi ex contractu debere intelligitur.*

NOTÆ.

5. *Hæres quoque*) Ex Cajo *leg. 5. §. 2. de obl. & act.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæredem proprie quaſi ex contractu obligari legatariis & fideicommiſſariis, non item creditoribus hæreditariis.*

QUarta ſpecies contractus, aditio hæreditatis. Certum eſt, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortaſſis ne novit quidem, negotium contrahere: ſed & plus quam manifeſtum eſt, nullum in ea re maleficium eſſe. Reſtat ergo, ut ex hac cauſa quaſi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hæreditatem ſibi delatam amplectitur, ſimul judicium defuncti agnoſcere, ſeque oneribus, quæ ex voluntate defuncti ſubeunda ſunt, ſubjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis ſeſe obligare videtur, *l. 5. §. 2. de obl. & act. l. 4. §. ult. & l. ſeq. quib. ex cauſ. ex cauſ. in poſſ.*

(1) *Legatorum nomine*) Hæres tunc proprie quaſi ex contractu obligatur, cum non alia obligationis cauſa eſt, quam aguitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac cauſa tantum tenetur creditoribus teſtamentariis, ſeu legatariis & fideicommiſſariis, *d. l. §. de obligat. & act. & hoc tex.* Atque his ſolis actio perſonalis, quæ in uſu juris actio ex teſtamento dicitur, & quaſi ex contractu naſcitur, competit. Vid. *ſup. §. 2. de legat. & ibi not.* Creditoribus autem hæreditariis, id eſt, creditoribus defuncti, non tenetur quaſi ex contractu & facto ſuo, ſed ex ipſo contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in hæredem ſuum tranſmittit. Hæ ſunt obligationes & actiones hæreditariæ, eædem nimirum illæ, quæ competebant adverſus defunctum, & ex eadem cauſa. Inauditum enim eſt, creditores hæreditarios actione ex teſtamento experiri. Ex legatis vero non eſt obligatio hæreditaria, ſed obligatio hæredis, quamvis hæreditariæ loco eſſe dicatur, *leg. hæreditarium*, 49. *de obligat. & act.* Eadem obligationis ratio eſt & in legatariis & fideicommiſſariis, a quibus quid relictum eſt: eædemque adverſus eos actiones ejus rei obtinendæ cauſa conſtitutæ *leg. unic. §. pro ſecund. 4. Cod. de cod. toll. leg. 1. Cod. comm. de legat.*

TEXTUS.

De ſolutione indebiti.

6. *Item is, cui quis per errorem non debitum ſolvit, quaſi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprio ex contractu obligatus eſſe, ut ſi certiorem rationem ſequatur, magis (ut ſupra diximus) ex diſtractu, quam ex contractu poſſit dici obligatus eſſe: Nam qui ſolvendi animo peconiam dat, in hoc dare videretur, ut diſtrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac ſi mutuum ei daretur, & ideo conditione tenetur.*

NOTÆ.

6. *Cui quis per errorem*) Facti quidem etiamſi ſubſit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen deſtituta ſit juris

ris civilis auxilio; *l. 9. Cod. ad leg. Falc. l. 7. Ctd. de cond. ind.* Cæterum etiam juris, si is, qui solvit, de natura quidem qualisqualis debitor est argum. *l. 7. de cond. caus. dat. l. 32. §. 1. l. 59. l. 66. de cond. ind. l. 8. de jur. & fact. ign. l. 1. princ. ut in poss. leg. cum simil.*

Quasi ex contractu) Quia hæc res speciem negotii invicem gesti habet, *l. 33. ne cond. ind.* Cæterum extra id, quod agitur, tacite hic obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.*

Perinde obligatur) *l. 5. §. 3. de obligat. & act.* Ex bono scilicet, & æquo, *l. 14. l. 66. de cond. ind.* cum stricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem, *leg. 19. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando quis sciens indebitum recipit, furti obstringatur?*
2 *Quæ requirantur, ut indebitum solventi competat?*
3 *An ejus, quod errore juris solutum est, aliquando repetitio sit?*
4 *Sitne hæc obligatio ex vero contractu, an quasi?*

QUinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, est indebiti per errorem solutio. Habet hæc species magnam cum mutuo affinitatem, quæ causa est, quod *sup. §. 1. quib. mod. re contrah. obligat.* statim post contractum mutui etiam indebiti soluti mentionem fecit; sed cum illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non consistere, tacite significat, quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex Cajo, *l. 5. §. is quoque, 2. de obligat. & action.* Res ita habet. Qui indebitum solvit, aut sciens ac prudens hoc facit; quo casu accipiens non obligatur, cessatque adeo repetitio, etiamsi ea mente dedit, ut postea repeteret, *l. 1. l. si quis sortem, 26. §. 2. & 3. hoc tit. de condit. ind. l. 9. Cod. eod. l. cujus, 53. de reg. jur.* junct. *l. quod quis, 50. h. t.* Aut dubitans: qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur, si postea apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, *l. 2. eodem.* Si vero simpliciter solvat, quasi ex contractu: siquidem dubitanti æque ut erranti repetitio datur, *l. ult. Cod. eodem.* Aut denique quod plerumque fit, per errorem seu ignorans se non debere; de qua specie passim agitur in ff., &c. *de cond. ind.* estque eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & *d. l. 5. §. de oblig. & act.* traditum est: quam recte, videbimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est. (1) Denique qui sciens indebitum recipit, etiam furti obstringitur, *l. quoniam, 18. de cond. furt. l. falsus, 43. in princ. de furt.* quod ita verum est, si creditorem se simulans alterum ad solvendum induxit: nam si pecuniam ultro sibi oblatam a debitore accepit, sortum non committit, *argum. d. l. falsus, 43.* Castal. post Bart. *ad d. l. quoniam, 18.*

(1) *Cui quis per errorem indebitum solvit*) Ut in specie proposita solventi quæratur obligatio & soluti condictio, duo requiruntur, ut indebitum sit quod solvitur; ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut sit indebitum: nam debiti soluti nulla repetitio est. Et quidem nemo dubitat, quin cesset repetitio, si id quod solutum est, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid alterutro tantum? Si tantum jure civili, id est, ex obligatione, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur; placet, locum esse repetitioni, *l. si non sortem, 26. §. 3. l. qui exceptionem, 40. l. ex his omnibus, 54. h. t. de cond. ind.* Nimirum tale debitum tantum verbo ita dicitur, re autem debitum non est: quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili vere deberi intelligitur, *l. 3. §. 1. de cond. sine caus. l. nihil, 122. de reg. jur.* Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur, eoque etsi exigi non potest, solutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur, sententia innumeris locis tradita, *leg. 10. de oblig. & act. l. 16. §. naturales 4. de fidejuss. l. 3. §. ult. quod quisque jur. l. 13. l. 19. hoc tit.* Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, *l. 6. de compensat.* summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, solutum per errorem repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ, siquidem sententia judicis obligationem consensu constitutam perimere non potest, & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse, Julianus & Paulus responderunt, *l. 60. hoc tit.* Huc item plerisque referunt exceptionem Senatusconsulti Macedoniani: nam filiusfamilias si mutuam pecuniam Senatus. acceperit, & paterfamilias factus perperam solverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet: *l. 10. de SC. Macedon.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac causa condictionis, *leg. 40. hoc tit. l. 9. in fin. de SC. Macedon.* sed ea non est generalis, ut apparet ex *dict. l. 60.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum puto inter errorem juris & facti, *juxta not. inf. n. 3. in fin.* Eum vero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio, qualis est mulieris intercedentis *l. 26. §. 1. ad SC. Vell.* prodigi promittentis, *l. 6. de verbor. oblig.* pupilli, sine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat accessiones, ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, *l. 9. Cod. ad SC. Vell. l. 41. hoc tit. l. 6. de verbor. obligat.* Eodem jure civili insuper habetur obligatio naturalis quam inducit voluntas testatoris vel minus solemnis, vel legantis supra dodrantem bonorum. Cæterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *leg. 9. Cod. ad leg. Falcid. leg. 7. Cod. hoc tit.* Error duplex est; facti unus, scilicet cum factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cum factum scitur, sed quod jus hic tribuat, ignoratur, *l. 1. de jur. & fact. ign.* (3) Unde quæsitum est, quomodo accipiendum, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Veterum Interpretum sententia est, si nulla subest naturalis obligatio, etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse: in quam sententiam & ipse concedo, cum Dom. Zas. *ad rubr. hoc tit. num. 5.* Sichard. *ad rubr. & l. 1. Cod. eod.* Wesemb. *par. eod. n. 9.* Christin. *vol. 3. decis. 8. num. 3.* Bachov. *de act. disput. 4. thes. 17.* Joann. Arn. Corvin. *in Enchiridio, tit. quibus mod. re contrah. obligat.* Movet me primum hæc ratio, quod con-

condictio indebiti ex bono & æquo datur, *leg. hæc condictio* 66. *hoc tit. de cond. ind.* cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem prætendere poterit, quoque colore de iniquitate conductionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod natura non debetur, sive quod causa debendi jure non valet, ut omnino non debeatur, sive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l. quacumque*, 14. *de compens.* accessiones non admittat, *l.* 3. §. 1. *de pecun. const. l. de fidejussor* cum Prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipse ostendit se id pro debito non habere per *l.* 9. *de jurejur.* quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, retineri posse? Ut ecce si quis dolo malo alicui induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret, non possum adduci ut credam, solutum ex his cuiusis retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali, aut quod metus causa. Et ne videamus sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. qui debere*, 7. *de cond. caus. dat.* ubi diserte Julianus post Nervam & Atilicium respondet, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris. Similes loci sunt in *l. cum is*, §. 1. *l. si fidejuss.* 59. *de cond. ind. l.* 5. *Cod. eod. l. quæ fideicommissa*, 79. *de legat.* 2. & apertissimus *in l.* 1. *ut in possess. leg. in princ. fac. item*, *l. mandatum*, 57. *mandat.* Porro etiam me movet, quod in toto tit. ff. *de cond. ind.* quamvis prolixo, nusquam aut tantum errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, sive quod solutum est omnino non debeatur, sive quod propter exceptionem perpetuam exigi non potest, *l. si non sortem* 26. §. 3. *l. qui exceptionem* 40. *l. ex his omnibus.* 54. *eod.* ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiscumque sit, repetitioni non obstare, sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probat tum *d. l. si non sortem*, 26. §. 3. *& l.* 24. *eod.* tum ratio, ob quam placet eum, qui sciens indebitum solvit, non repetere, nimirum donasse intelligitur, *l. cujus*, 53. *de regul. jur. l.* 7. *Cod. de cond. ob caus. dat.* quod de eo qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putat, dici non potest. Postremo illud me movet, & vel maxime, quod traditur, in *l.* 7. *de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere: ex eo enim perspicue evincere mihi videor etiam id, quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus, illud fateamur necesse est errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani in *d. leg.* 8. Neque video quid ad hoc responderi sine cavillatione possit. Nam certe illa Neotericorum dissentientium responsio captiosa est, quod condicens non laboret de re amittenda, sed de amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittat, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque vero de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis: negatque Papinianus errantem in jure rem suam amittere, videlicet, sic, ut eam nunquam possit repetere; & quod idem Papinianus in *l.* 7. *eod.* definit ignorantiam juris suum petentibus nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Neque huic obstat *l.* 29. §. 1. *mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat; & fidejussor, qui cum id non ignoraret, nihilominus tamen solvit: negaturque hoc casu fidejussori competere actionem mandati; de condictione autem nullum ibi verbum. Quod vero dicitur juris ignorantiam nocere, *l.* 9. *de jur. & fact. ign.* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere; cæterum nec damno. Cæterum meminisse oportet ejus, quod initio diximus, ita errorem juris non impedire, quominus solutum conduci possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is qui solvit, natura qualisqualis debitor est, quæ res simul justam retentionis causam accipienti tribuat, hoc sane casu juris inter & facti errorem distinguendum erit, ut alteri denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut ecce, cum essem filiusfamilias, mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepi, & paterfamilias factus solvi: si per ignorantiam juris, non repetam; si per errorem facti, contra, *argum. l. qui exceptionem*, 40. *de cond. ind. l.* 9. *in fin. cum l. sed* junct. *leg. ult. de SC. Macedon.* Solvi legatum vel fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem: solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia; si errore facti. repetitionem habeo, si errore juris, non item, *leg. Cod. si adv. solu. l.* 7. *C. de condit. ind. l.* 9. *C. de leg. Falcid.* Non quidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, per *l.* 2. *C. de fideicomm. l. in testamento*, 38. *de fideicomm. lib.* 5. §. *si quis*, *de don. inter vir. & uxor.* justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur: ut in *l.* 20. *C. de jur. & fact. ign. l.* 6. *de cond. ind.* Nam profecto ob hoc solum, quod ego in jure erravi, tu justam retinendi ejus, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro, per *l. non debet*, 41. §. 1. *de reg. jur.* VINN. Speciosa hæc: nec tamen solida regula juris est, juris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere, *l.* 9. *digest. de jur. & fact. ign.* secundum hanc regulam, jus ignorantem indebitum si solverit, repetitionem non habere; eamque repetitionem tantum per ignorantiam facti competere, diserte dicitur in *l.* 10. *C. de jur. & fact. ign. l.* 9. *C. ad leg. Aquil.* (5) Cum vero minoribus & fœminis jus ignorare liceat, *l.* 9. *ff. de jur. & fact. ign.* hinc ea exceptio & in solutione indebiti obtinet, *l.* 9. *C. ad SC. Vellej.* Jus quoque singulare est in *leg.* 1. *ff. ut possess. leg.* idque ad exemplum non trahendum. Observavit hoc recte V. C. Ger. Noodt. *Comm. ad Pand. lib.* 12. *tit.* 6. *pag.* 299. & ubi ad *l.* 7. & 8. *ff. de facti ign.* respondit HEIN.

Magis ex destructu, quam ex contractu) Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu; nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventione. At neque qui in solutum stat, eo animo est, ut accipientem sibi obliget, neque qui accipit, ut alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis, quæ subesse putatur, tollendæ causa. Verum extra id quod agitur, tacite hæc obligatio nascitur, *l.* 13. *in fin. commod.* nimirum ex consensu ficto & præsumpto, & ideo quasi ex contractu; nam & qui solvit, interpreta-

tione

tione juris existimatur eo animo esse, ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget; & qui accipit, ea conditione accipere ut nihil alienum injuria retineat: quæ res speciem quamdam contractus & negotii invicem gesti habet, *leg. si in area*, 33. *de condit. ind.* verum autem contractum non efficit, *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* quod etiam ex eo intelligere licet, quod condictio indebiti non datur ultra, quam locupletior factus est qui accepit, *l. si non sortem*, 29. §. *libertus*, 12. *de condit. ind.* si vero ex contractu & conventione descenderet, daretur in solidum. Illud paulo pinguius dicitur, accipientem obligari ex distractu: nam si esset ex distractu obligatus, ex quasi contractu non esset: quippe distractus & contractus nulla similitudo est, neque ex eo, quod vere & expresse agitur, hic nascitur obligatio, sed extra id tacite inducitur, ut jam ostensum est. Ac ne illud quidem verum est, ullum hic intervenire distractum, cum nulla præcedat obligatio, quæ distrahatur: neque putandum, hoc Imperatorem sensisse, cujus mens satis plana est, hæc scilicet: eum, cui indebitum per errorem solutum est, non obligari ex contractu: quoniam qui solvendi animo pecuniam dat, non hoc agit, ut accipientem sibi obliget, sed ut obligationem qua se teneri falso putat, distrahat & dissolvat: & qui accipit non ea mente esse, ut se obliget alteri, sed ut alterum, quem sibi obligatum existimat, ea obligatione liberet, quamquam neutrum revera sit.

TEXTUS.

Quibus ex causis debitum solutum non repetitur?

7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit: sic namque definierunt veteres. Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerunt, nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

NOTÆ.

7. Repeti non potest) Quasi solutum transactionis causa ad evitandum periculum dupli.

Ex quibus causis inficiando) Hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, *leg.* 23. §. *penult. ad leg. Aquil.* §. 26. *infr. de action.* Paul. 1. *sent.* 19.

Item ex legato) Et tertio ex causa depositi miserabilis, *l.* 1. §. 1. *& seq. depos. d.* §. 16. *inf. de act.* Sed nec quod transactionis causa *l.* 65. §. 1. *de cond. ind.* aut dotis nomine datum est opinione debiti, repetitur, *l.* 32. §. 2. *eod.*

Non repetuntur) Nam sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Julian. *l.* 32. §. 2. *de cond. ind.*

COMMENTARIUS.

1 *Causæ, ex quibus lis per inficiationem crescit.*
2 *Cur ex iis causis veteribus placuerit, indebitum per errorem solutum repeti non posse?*
3 *Nonnullæ aliæ causæ, ex quibus indebitum errore solutum non repetitur: & quid hic moribus nostris?*

SUnt quædam causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum repeti non potest: cujusmodi sunt illæ, in quibus lis seu actio per inficiationem crescit, hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, *l. inde Neratius* 33. §. *penult. ad l. Aquil.* §. *sed furti* 26. *infr. de action.* Paul. 1. *sent.* 19. (1) Crescit hoc modo lis per inficiationem tribus in causis in uno loco comprehensis a Justiniano, *dict.* §. *sed furti* 26. Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, *dict. leg. inde Neratius* 23. §. *penult. leg. item veniunt* 20. §. 4. *de hæred. petit. l.* 5. §. 2. *de serv. corr.* Paul. *dict. loc.* Deinde in actione depositi miserabilis, id est, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa factum est, *leg.* 1. §. 1. *cum seqq. depos.* Postremo in actione legatorum religionis aut pietatis intuitu relictorum, *dict.* §. *sed furti* 26. Ex his causis si quis per errorem solvit, quod non debebat, ejus secundum definitionem veterum nullam repetitionem habet, *leg.* 4. *Cod. de Cond. ind. & hoc text.* (2) Cujus rei ratio perobscura est: nam manifesta æquitas reclamare videtur. Non habeo, quod respondeam, nisi quod verisimile est, certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure, si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde postea inductum, ut qui ex his causis conventus solvisset quantumvis indebitum, non repeteret, quasi simplum ideo solverit, ne inficiando periculum dupli subiret, & ita quasi transigendo hoc periculum a se amovere voluerit. Oportet vero causam aliquam subesse, verbi gratia, damnum esse datum, licet forte non ab eo, qui convenitur, sed ab alio, legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet forte minus solemniter. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum, puto, locum esse repetitioni: quod etiam Interpretes notant. (3) Excipiuntur & aliæ causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum non repetitur, ut causa dotis, & transactionis. Quod dotis nomine solutum est, puta a matre aut sorore, licet falsa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur, uti traditum est in *leg. cum is* 32. *di cond. ind.* Similiter quod transactionis causa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resuscitentur, *leg. in summa* 63. §. 1. *eodem leg.* 2. *Cod. de transact.* Excipiunt & causam judicati, sed male, quoniam regula est de indebito soluto: at quod ex causa judicati solvitur, id vel maxime debitum est: quippe quod etiam ab invito exigi potest; ut mirum non sit pecuniæ ex ea causa solutæ repetionem non esse, vid. Cujacius *par. Cod. de cond. ind.* VIIN. Magis expeditum est cessare condictionem indebiti in pœnis, *leg.* 42. *ff. de cond. ind.* nec non in iis causis, ex quibus recensionem quidem habemus, petitionem autem non habeamus, *l.* 51. *ff. eod.* cujus rei exemplum est in *l.* 34. *eod.* HEIN.

Per damnationem) In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione crescebat. Paulus 1. *sentent.* 29. quod in his legatis receptum fuisse videtur propter seve-

severitatem judicii testatoris, hæredem suum dare damnatis, haud secus ac judex reum convictum condemnat; quasi majori odio dignus sit qui inficiatur, quod testator tam enixe voluit, & severe impetravit, quam qui legatum simpliciter datum negat.

Nostra autem constitutio) Constitutione Justiniani, quæ exstat in *leg. 2. comm. de legat.* legatis omnibus & fideicommissis eadem natura attributa est. Illa autem constitutio, quæ jus, de quo hic agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta coarctavit, non extat; credibile est, Græce scriptam intercidisse.

Religionis vel pietatis) Religionis intuitu quo relinquitur Ecclesiis, cœnobiis, pietatis intuitu, xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophiis, &c. Nostris moribus jus hoc §. constitutum exolevit, nullaque lis crescit inficiando, Grotiev. & *leg. abrogat. hic.*

TITULUS VIGESIMUSNONUS.

PER QUAS PERSONAS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

C. Lib. 4. Tit. 27.

Ratio Ordinis.

HUC usque expositæ sunt duæ illæ obligationum causæ, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantum per nosmetipsos & sancto nostro obligationem acquirere possumus, sed etiam per eos, qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel justa opinione nostra, de eo nunc conclusionis loco aliquid subjicitur ad eumdem modum quo *sup. lib.* 2. disputationem de acquirendi rerum dominio concludit titulus *per quas pers. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

TEXTUS.

De his qui sunt in potestate.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus, os-
quidem nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, velut per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat, quod autem per liberos, quos in potestate habeamus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio; ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

NOTÆ.

Quod autem per liberos) Quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

Patre actionem movente) Utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Filii tamen consensus quoque adhibendus, nisi adhuc in prima ætate sit constituturus, *leg. ult. §. 3. Cod. d. tit.*

Novellæ nostræ constitutio) *d. l. ult.* Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito. In summa sic habe. Ex castrensi & quasi castrensi peculio filius sibi pleno jure actiones acquirit, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

COMMENTARIUS.

Veluti per servos) Quemadmodum res cæteræ per servos nostros nobis acquiruntur, sic etiam obligationes, earumque jus integrum ac solidum ad dominium pertinet, *l. 1. & passim de stip. serv. & sup. eodem tit.* ubi de hoc explicatum est.

Quam nostra decrevit constitutio) Theophilus *διέστειλε*, *discrevit*. Intellige autem *l. cum oportet 6. C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia quæ peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum usumfructum assignet patri, filio proprietatem. Peculii profectitii, castrensis & quasi castrensis quæ ratio sit, docetur §. 1. *sup. per quas pers. cuiq. ver.* Unde summatim illud intelligitur, ex castrensi & quasi castrensi peculio filium sibi pleno jure actiones acquirere, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

Secundum novellæ nostræ) Licet ex causa peculii adventitii filiofamilias proprietas quæratur, patri tantum ususfructus, quod minus est, placet tamen, solum patrem actiones exercere, & excipere, utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filii quoque consensus, nisi is prima adhuc ætate sit constitutus, vel longe absit, *l. ult. §. sibi autem 3. Cod. de bon. quæ lib.* quæ est illa novella constitutio, cujus hic meminit Justinianus. Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito, qui solus tunc, cum Institutiones scriberentur, pro Codice erat. Nam constitutiones emissæ post priorem Codicem, novellæ, vocitatæ sunt usque ad posterioris Codicis, cui inferræ sunt, editionem; quemadmodum nunc constitutiones promulgatæ post secundum Codicem. Novellarum titulo circumferuntur.

TEXTUS.

De bona fide possessis.

1. *Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.*

De servo fructuario, vel usuario.

2. *Per eum quoque servum, in quo usumfructum vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.*

NO-

NOTÆ.

1. *Per liberos homines*, &c.) Vid. *sup.* §. 4. *per quas pers. cuiq. acq.*

2. *Vel usum*) Abest a vetustis codicibus teste Accurs. & delendum. Constat enim ex operis servi, in quo nudum usum habemus, non aliter nobis acquiri, quam si operis ejus utamur in re nostra *l.* 14. *l.* 16. §. 2. *l.* 20. *de us. & habit.*

COMMENTARIUS.

ETiam per eos, qui a nobis bona fide possidentur, sive liberi sint, sive servi alieni; item per servos, in quibus usumfructum habemus, obligatio nobis acquiritur; cæterum duabus duntaxat ex causis, ex operis eorum, & ex re nostra. Sed & hoc pluribus explicavimus *sub* §. *de iis autem* 4. *sup. per quas pers. cuiq. acq.*

Vel usum) Has voces a vetustis quidam codicibus abesse notat Accurs. & probabiliter delebuntur. Nam sane usuarius non idem jus habet quod fructuarius, ut ex utraque prædicta causa acquirat. Constat enim, ex operis servi, in quo nudum usum habemus, nobis non aliter acquiri, quam si operis ejus utamur in re nostra, *l. per servum* 14. *l. si ita* 16. §. 2. *l. servus* 30. *de usu & habit.* vid. *sup.* §. 3. *eodem tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. *Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit: veluti cum ita stipulatur*, Titio domino meo dare spondes? *Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur; tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

COMMENTARIUS.

SI servus communis sit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirat, disces ex §. *ult. sup. de stipul. serv. & ibi not.*

Post nostram decisionem) Est *l. ult. Cod. per quas pers. nob. acq.* ubi veterum super te proposita controversiam decidens sic in summa cavet: Cum unus ex dominis servum stipulari jubet, & is nominatim alteri domino stipulatus, siquidem is, qui jussit servum stipulari, jussit specialiter, ut stipularetur sibi, seu suo jubentis nomine, statuit Justinianus, ut stipulatio acquiratur jubenti, ita ut hoc casu plus valeat jussio, quam nominatio: sin autem is, qui jussit servum stipulari, simpliciter jussit, hoc casu vult obligationem acquiri nominato, ut hic nominatio plus valeat, quam generalis jussio, cujus distinctionis meminisse debuerat Tribonianus. Quod si simpliciter ab uno stipulari jussus, simpliciter quoque, id est, nullo dominorum nominato, stipulatus fuerit, hunc casum apud veteres jus certum habuisse indicat, ut tunc ei soli acquiratur, qui jussit.

TITULUS TRIGESIMUS.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 4. *Tit.* 2. 2. 4. *C. Lib.* 8. *Tit.* 42. 43. 44.

Continuatio. Quibus modis aut ipso jure, aut per exceptionem tollatur obligatio.

EXplicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahatur, commodum nunc subjungitur, quomodo recte ab initio constituta adstrahatur, ejusque nexu debitor liberetur, quamquam & differri hæc tractatio potuit; donec de obligationibus quoque, quæ ex delicto vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum esset. Modi distrahendarum obligationum multi sunt, quorum alii ipso jure liberant, alii per exceptionem seu tuitionem Prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptilatio, novatio, dissensus utriusque partis, interdum obligationis confusio, *l. sient* 75. *l. penult. de solut. l.* 7. *C. de pact.* debiti oblatio & consignatio, *l.* 9. *C. de solut.* compensatio, §. *in bonæ* 30. *inf. de act.* duarum causarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursus, *leg. omnes* 17. *de obligat. & act.* rei debitæ ante moram a debitore factam contingens interitus, *l. si ex legati* 23. *de verb. obligat.* & si quæ sunt generis ejusdem. Per exceptionem liberamur testamento, pacto, sententia, jurejurando, tempore, &c. De liberatione per exceptionem dicetur *inf. lib.* 4. *tit. de except.* Hic tantum traduntur modi, quibus obligatio perimitur ipso jure, atque ex his duntaxat hi quatuor maxime celebres, solutio, acceptilatio, novatio, mutuus consensus. Plerosque alios data occasione alibi interpretati sumus.

TEXTUS.

De solutione.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur; vel si quis consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contigit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

NOTÆ.

Quibus modis tollitur) Ipso scilicet jure, de liberatione per exceptionem dicetur *lib.* 4. tit. *de except.*

Aliud pro alio) *L.* 17. *Cod. de solut.* Invito autem creditore aliud pro alio solvi non potest, *leg.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio solvere, *arg. l.* 1. *de contr. empt. l.* 75. §. *de verb. obl.* Sen. 6. *de ben.* 5. *Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos*, &c.

Vel invito eo) *L.* 23. *leg.* 40. *l.* 54. *de solut.* quoniam & naturali & civili ratione licet conditionem alterius, quamvis ignorantis & inviti, facere meliorem, *leg.* 39. *de neg. gest.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Solutionis verbum quam late pateat, & quid in ſpecie denotet?*
2 *Aliud pro alio invito creditore ſolvi non poſſe: conſentiente autem poſſe.* n. 8.
3 *Quibus caſibus æſtimatio aut aliud quo re debita recte præſtetur?*
4 *Ad juſtam ſolutionem requiri, ut ſolvatur ſimul & ſemel totum, quod debetur.*
4 *Confirmatur hæc ſententia adverſus opinionem Alciati: etiam partis ſolutionem invito creditore admittentis.*
6 *Reſpondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.*
7 *Interdum nec parte a volente credito, e accepta pro ea parte liberationem contingere, & quando?*
9 *Licere unicuique pro debitore ſolvere, etiam ignorante & invito, ut ipſo jure liberetur; cum remotione contrariorum.*
10 *Quid ſi creditor ſolutionem ab alio oblatam recuſet accipere? Et quid ſi alius pro emphyteuta velit canonem ſolvere, quo is pœnam commiſſi evitet?*
11 *Fidejuſſore ſimpliciter ſolvente utrum reus ipſo jure liberetur, an per exceptionem?*

Tollitur omnis obligatio ſolutione) Primus modus, quo ipſo jure obligatio tollitur, ex quatuor hic propoſitis, eſt ſolutio. Solutionis verbum generale eſt & ſpeciale. (1) Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocumque modo factam pertinet, referturque tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta eſt, præſtationem, quam ad ipſius obligationis, quæ quavis liberatione tollitur, ſubſtantiam, *leg. ſolutionis* 54. *de ſolut.* junct. *l. liberationis* 47. *l. ſolutionis* 175. *de verb. ſign.* Specialiter autem accepta vox ſolutionis unum tantum tollendæ obligationis modum denotat, naturalem ſcilicet, ſine realem, ut nunc loquuntur, præſtationem ejus, quod debetur. Itaque contra in hac ſignificatione ſolutio ad rem debitam refertur, quæ cum præſtatur, ſolvitur, id eſt, liberatur eo nexu, quo cum ipſo debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta ſejungitur ſolutio a ſatisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præſtationem liberatio contingit, *l. ſolutum* 45. *l. ſatisfactio* 52. *l. prout* 80. *&c. de ſolut. l.* 9. §. 3. *de pign. act. l.* 4. §. 3. *de re judic.* & in hac ſpeciali ſignificatione etiam accipitur hoc loco. Ait, *omnis obligatio*, id eſt, cujuſcumque ea ſit generis, aut quomodocumque contracta: quod non item in alias omnes ſpecies liberationis cadit.

(2) *Ejus quod debetur*) Recte *ejus, quod debetur*: nam aliud pro eo, quod debetur, invito creditore ſolvi non poteſt, ut ſequatur liberatio, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred. l. num.* 16. *C. de ſolut.* veluti ſi pro pecunia debita certa ſpecies obtrudatur creditori, vel pro ſpecie debita offeratur alia ſpecies aut ſpeciei debitæ æſtimatio: vel ſi factum pro facto ſolvatur *l. qui res* 98. §. *mihi* 6. *de ſolut.* Nummi quidem in alia forma reddi poſſunt, niſi hoc damnoſum ſit creditori, *l. creditorem* 99. *eod.* ſed hoc caſu intelligitur aliud pro alio ſolvi; vid. *ſup. not. ad pr. quib. mod. ro contr. obl.* Sunt ſane nonnulli caſus, quibus placet, debitorem poſſe æſtimationem pro re debita præſtare. Sed hi ſingulares ſunt: quippe in quibus neceſſitas hoc exprimit: veluti ſi res debita poſt moram periit, *l.* 8. *de cond. furt.* aut extat quidem, ſed aliena eſt, & eam dominus non vendit, *l. ſi domus* 71. §. 3. *de legat.* 1. ſimilemque rationem habet ſpecies *l. non amplius* 26. §. 2. *eod. tit.* Idem aliquando ſuadet & favor, ut in caſu *d. l. ſi domus* 71. §. 3. *in fin.* At vero extra hujuſmodi caſus & cauſas aliud pro re debita diſſentiente creditore non recte ſolvitur, niſi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit. (3) Veluti in cauſa noxali, ex qua cum ſolam damni æſtimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditione liberatur, *l.* 6. §. 1. *de re judic.* item in obligationibus faciendi: ubi ſi factum non eſt, quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, ſed tamen debitor ante litem conteſtatam faciendo liberatur; quoniam hanc poteſtatem ab initio ex conventione accepit, *l. ſtipulationes* 72. junct. *l. ſi inſulam* 94. *de verb. obl.* Ad hæc ſciendum eſt, ad juſtam ſolutionem requiri, ut ſolvatur ſimul & ſemel totum, quod debetur, utique ſi creditor deſideret: natura enim obligationis poſtulat, ut ſolvatur ſimul & ſemel totum, quod debetur, utique ſi creditor deſideret: natura enim obligationis poſtulat, ut eodem modo, quo quæque contracta eſt, diſſolvatur, *leg. prout*, 80. *de ſolut l. nihil*, 35. *de reg. jur.* (4) ac proinde non diſſolvitur, niſi res inde debita ita præſtetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem ſemel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non poteſt. Sed quoniam hanc ſententiam in dubium vocat & impugnat vir ſummi judicii & auctoritatis And. Alciatus in *l. quidam*, ult. *de reb. cred.* contendens, creditorem etiam partem debiti, quæ offeratur, cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & periculo rei obligatæ illigari; age paulo diligentius eam & explicemus & adſtruamus. Ajo igitur, contra quam exiſtimat Alciatus, debitorem non poſſe partem rei debitæ ſolvere invito creditore. (5) Quod hanc habet ſententiam, debitorem non poſſe partem debiti ita offerre, ut creditore recuſante accipere, poſſit eam partem offerre & obſignare hoc effectu, ut vel oblatione mora ejus, ſi qua interceſſit, purgetur, vel obſignatione pro parte quam obtulit, liberetur: & quod idem fere valet, ajo, ſi debitor ejus, quod totum ex aliqua cauſa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nullamque eſſe hujus oblationis effectum. Confirmat hanc ſententiam præter id, quod modo attuli, de natura obligationis & jure creditori inde quæſito, quod reſpondetur *l.* 3. *fam. erciſc.* & quotidiana experientia docet, partium ſolutionem multa incommoda habere, & ideo damnoſam eſſe creditori. Jam vero conſtat, non poſſe cogi creditorem accipere, quod aliter offertur, quam obligatio contracta eſt, ſi ex ea re damnum aliquod metuat, *leg. credit.*, 99. *de ſolut.* Conſentit auctoritas Modeſtini, *l. inter*, 41. §. 1. *de uſur.* ubi diſerte Juriſconſultus reſpondet, debitore ſo am partem debiti obſignante, non retardari totius debiti uſurarum præſtationem, niſi expreſſe cautum ſit, ut liceret & partem ejus, quod acceptum eſt, ſolvere, & in ſpecie *dict. leg.* 40. *de reb. cred.* Conſentit & illud, quod Impp. reſcribunt, *l.* 9. *Cod. de ſolut.* obſignatione totius debiti ſolemniter facta liberationem contingere. Poſtremo, ita jus eſſe commune vel ex eo intelligitur, quod jure ſingulari favore libertatis receptum eſt, ut hæres cogatur per partes accipere pecuniam, quam ſervus pro libertate dare juſſus eſt, *leg.* 4. §. 6. *de ſtatur.* & quod in cauſis publicarum penſionum, quæ pro fundis patrimonialibus præſtantur, propria quoque conſideratione particularis ſolutio admiſſa; cum tribus quotannis vicibus

totæ

torx exſolvantur, *leg. pen. Cod. de collat. fund. partim lib.* 11. (6) Non adverſatur huic ſententiæ, quod ratio compenſationis pro parte obligationem tollit, *leg. 5. Cod. de compenſ. leg. 7. Cod. de ſolut.* Nam compenſatio auctoritate legum vim juſtæ ſolutionis habet, id eſt, ejus, quæ facta eſt, volente creditore, atque ipſo jure pro ſoluto eſt, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore, ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *l. 4. Cod. de compenſ. l. 4. l. 11. & ſeqq. & cod.* Neque textus in *leg. ult. mod. pign. vel hyp. ſolv.* ibi enim agitur de debitore ex diverſis cauſis obligato, atque ex una earum ſolidum, quod debet, offerente: nos vero quærimus de uno debito & ex una cauſa. In contrarium quoque movit Alciatum, quod ſcriptum eſt in fine §. 1. *hoc tit.* id quod debetur, pro parte recte ſolvi: ſed bene vulgo hoc ſic accipitur, ſi creditor ad partis ſolutionem admittat: ut & illud, quod traditur *leg. 1. §. 1. de verb. oblig.* quaſdam obligationes partium præſtationem recipere, nimirum natura ſua, aut pars rei in obligationem deductæ præſtari & a creditore accipi poſſit, ad differentiam earum, quæ natura diviſionem non admittunt, ad quas hæc diſputatio pertinere non poteſt. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipſe textus in *l. quidem*, 21. *de reb. cred.* quo præcipue movetur, noſtram potius ſententiam juvat: nam cum Juriſconſultus certum tantum caſum proponat, quod creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempe cum debitor de reliquo, quod an debeatur, non appareat, paratus ſit judicio contendere, hoc ipſo ſatis ſignificat, regulam eſſe in contrarium. Eademque ſententia eſt *l. 8. ſi pars hær. pet.* (7) Illud in confeſſo, nec parte a volente creditore accepta ſemper pro ea parte debitorem liberari; ſed conditionem obligationis hic inſpiciendam eſſe. Si obligatio non ſolum natura rei dividua eſt, ſed etiam conditione ſua, veluti ſi res una aut conjunctim plures, quæ diviſionem admittunt, promiſſæ ſunt, liberatio pro parte contingit: ſin minus, non niſi toto ſoluto, *l. 9. §. 1. l ſiis cui, 94. princ. de ſolut. l. 2. §. 1. verb. oblig.* Conditione ſua diviſionem non recipiunt, quamvis alioqui res natura ſua dividuas contineant hæc tres: obligatio generis, alternativa, pœnalis: in quibus omnibus placet, debitorem partem rei ſolvendo pro ea parte non liberari, obſtante nimirum conditione obligationis. In ſtipulatione pœnæ hoc aperte efficit ipſa conditio, nec aliud ſine manifeſta injuria ſtipulatoris conſtitui poſſe, *l. 5. §. ult. de verb. oblig.* add. *l. in executione*, 85. *cod.* Ex duabus autem prioribus liberum quidem eſt debitori unam aliquam rem ex promiſſis ſolvere, non autem duarum rerum partes, quod alias evenire poſſet, *dict. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de ſol.* In acceptilatione hoc non metuitur, & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, *l. qui hominem*, 17. *de accept. dict. l. 2. §. 3. de verb. oblig.* An quod in idem debetur, etiam ante diem recte ſolvatur, dixi ſub §. 2. *ſup. de verb. oblig.*

(8) *Conſentiente creditore*) Creditore conſentiente etiam res alia pro alia recte ſolvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quam ſi eadem res ſoluta eſſet, *l. manif.*, 17. *C. de ſolut.* nempe creditori contento rem aliam pro debita accepiſſe ſatisfactum eſt. Satisfactio autem certo jure pro ſolutione cedit, *l. ſatisfactio*, 52. *de ſolut.* Enim vero ita demum hic naſcitur liberatio, ſi res ſoluta in ſolidum accipientis fiat, ut avocari non poſſit: alioqui & manet priſtina obligatio & manet pro ſolido, etiamſi pars tantum evicta fuerit, *l. ſi quis aliam*, 46. *cod.* ut. quod idem juris eſt in ſolutione ipſius rei debitæ, quæ propria fuit debitoris, *l. ſi rem meam*, 20. *l. cum quis*, 39. §. 3. *l. qui decem*, 72. §. *pen. cod.*

Nec intereſt quis ſolvat, &c.) Non tantum debitor ipſe recte ſolvit, ſed etiam alius pro eo, ut iſta ſolutione non minus liberetur, quam ſi ipſe ſolviſſet, *l. manifeſti*, 17. *C. de ſolut.* (9) Quinimmo placet licere cuique pro debitore ſolvere etiam ignorante eo & invito, *l. ſolutione*, 25. *l. ſi pro*, 40. *l. ſolvere*, 53. *eod.* idque naturalis ſimul & civilis ratio ſuaſit, per quam licet conditionem alterius, quamvis inviti aut ignorantis facere meliorem, *l. ſolvendo*, 39. *de neg. geſt. d. l. ſolvere*, 53. *de ſolut.* Neque obſtat, quod traditur in *l. invito*, 69. *de reg. jur* invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia, quæ a legibus conceduntur, referendum eſt, quibus uti nemo cogitur *l. oen. C. de pact.* Vel eo ſenſu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbonici apud Plautum in *Telmum*, act. 3. ſc. 2.

Nullum beneficium
Eſſe duco, quod cui facias, non placet.

Item illud Senecæ 2. *de benef.* 19. *Non eſt beneficium accipere cogi: Non eſt beneficium debere, cui nolis.* Et Theodorici Regis apud Caſſiod. *l. 5. ep. 39. Non eſt denſio, quæ præſtatur invitis. Suſpectum eſt, quod petitur nolentes, &c.* & alibi: *Non eſt beneficium, quod præſtatur invitis: nec cuiquam videtur utile, quod adverſa voluntate conceditur.* Similiter nec pro beneficio reputandum erit invitum & repugnantem liberari. Plane ſi conſideremus animum benefacere volentis, & commodum, quod revera ad aliud inde pervenit, non malie beneficium etiam illud appellabimus, quod præſtatur nolenti & invito. Sic Senec. *5. de benefic.* 20. *Non eſt*, inquit, *dubium, quin beneficium ſit, etiam invito prodeſſe.* Idem *lib. 6. cap. 23. & 24.* docet, beneficiorum maxima eſſe, quæ a parentibus accipimus; dum aut neſcimus aut nolumus.

Liberatur enim & alio ſolvente) Et liberatur non ope exceptionis, ſed ipſo jure, perinde ac ſi ipſe ſolviſſet; ut ex hoc loco & præcitat. leg. intelligitur: efficitque hoc ipſum etiam manifeſta ratio juris: nam cum creditor accipit, quod eſt in obligatione, neceſſe eſt, eam extingui, ipſoque jure liberari debitorem. Nec adverſatur *leg. 6. in fin. de dol. mal. exc.* alius enim caſus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hic quæritur, longe diverſus, ſcilicet cum quis alii ſolvit, quam cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit a veteri obligatione, nihil intereſt, ipſe ſolvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius ſolvat pro debitore ſciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus vero repetendi quod attinet, hoc intereſt, quod ejus, quod pro invito ſolvi, recuperandi cauſa nullam actionem habeam: quod ſolvi pro ſolvente, repetere poſſim actione mandati: quod pro ignorante, actione negotiorum geſtorum, *l. 6. §. 2. l. ex mandato*, 20. §. 1. *l. ſi pro*, 40. *mand. leg. ult. C. de neg. geſt.*

Ignorante debitore vel invito) Sed quid ſi creditor hoc caſu ſolutionem ab extraneo oblatam recuſet accipere, nonne audiendus erit? Minime, quia nihil ejus intereſt, quis ſolvat: & quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditore invito. (10) Non cogitur quidem præciſe creditor accipere; nam nec ipſo quidem debitore offerente cogeretur: ſed quod debitor hic facere poteſt, idem poteſt & extraneus, pecuniam ſcilicet oblatam obſignare & deponere, quæ obſignatio pro ſolutione cedit,

dit, *leg. 9. Cod. de solut.* Plane si creditoris interfit solutionem ab alio oblatam non recipere, puto recusantem audiendum esse: & ideo, quod quidam existimaverunt, etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam commissi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obstricto, factam, si forte solvens ut pignoris in re emphyteutica sibi constitutum conservare velit, (quippe quod resoluto jure emphyteutæ & ipsum evanesceret, *leg. lex victigalit*, 31. *de pignor.*) *argum. leg.* 12. §. 2. *vers. non solum, de usufr. & dict. leg.* 31. *de pignor.* simpliciter probandum non est: sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admisit, nam si recuset accipere, non dubito, quin id jure faciat: quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus, ut oportet, ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriorem facere, *leg. solvendo*, 39. *de neg. gest.* Ita sentio cum D. Tulden. *comm. hic c.* 1. Plane, si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tanquam emphyteuta, magis est, ut solutio vero emphyteutæ prosit. Add. Jas. *in l.* 2. *Cod. de jur. emph. col.* 20. *q.* 25. Tiraquell. *de retr. gentil.* §. 36. *gloss.* 2. *num.* 19. add. D. Bachov. *lib.* 5. *de pign. c.* 13. *num.* 3. *& in Treuil. vol.* 2. *disp.* 26. *thes.* 3.

Qui pro eo intervenerunt) Idem puta fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, *leg. in omnibus*, 43. *de solut.* Ratio perspicua est, quia sublata re principali, etiam ea, quæ accessionis locum obtinent, intercidere necesse est.

Sed etiam reus) Et igitur eodem quoque modo reus liberatur solvente fidejussore, quo fidejussor solvente reo, hoc est ipso itidem jure. De quo genere liberationis hic agitur. (11) Interpretes vulgo id quidem admittunt, cum fidejussor expresse se solvere dicit nomine rei: cæterum si solvat simpliciter, quasi suo tum nomine solvere intelligatur, contendunt, reum ipso jure obligatum manere, & defendi duntaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor consequatur, *arg. l. Papinianus*, 28. *mandat.* Ego vero cum Giphanio & Bachovio fidejussoris & mandatoris diversam in proposito causam arbitror. Nempe fidejussor ipsam obligationem rei principalis in se suscipit, dum quod alius debet, fide sua esse jubet: ac proinde si solvat fidejussor, ea solutio non potest non intelligi facta ejusdem obligationis nomine, quam idcirco tolli necesse est, & reum quoque principalem ipso jure liberari, secundum hunc textum. Ant. Fab. *Cod. suo defin.* 17. *de fidejuss.* Mandati vero alia ratio est: hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui, verbi causa, meo mandatu pecuniam credidit Titio. Itaque nisi ego expresse nomine Titii solvero, ratio suadet, ut Titius non liberetur ipso jure: quoniam meo nomine ex causa mandati solvisse intelligo; & ideo creditor adhuc actiones suas adversus debitorem mihi præstare & potest & debet, *dict. leg.* 28. *mandat. leg. Stichum*, 95. §. *propon. de solut.* quod secus est, si solutio facta sit a fidejussore, & in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum, *l. fidejussoribus*, 17. *leg. cum is*, 36. *l. ut fidejussor*, 39. *de fidejuss. leg. Modestinus*, 76. *de solut. cum similibus*. Vide *supr.* §. *si plures*, 4. *de fidejuss.*

TEXTUS.

De acceptilatione.

1. *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere.* Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? *& Titius respondeat*, Habeo. *Sed & Græce potest acceptilatio fieri; dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet:* Ἔχεις λαβεῖν ἅπερ ἐγώ σοι ἔπρασσα Ἔχω λαβών. *Quo genere (ut diximus) tantum ea solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quid alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut enim quod debetur pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.*

NOTÆ.

1. *Per acceptilationem*) Quæ est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus a debitore, an id quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sic acceptum ferre. Definitio Modestin. *leg.* 1. *de acceptil.* obscurior est.

Consentaneum visum est) *L.* 80. *de solut. l.* 35. *de reg. jur.* Plane si quod ex alia obligatione debetur, & acceptum per acceptilationem fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, *l.* 19. *de accept.* Nam inutilis acceptilatio saltem vim pacti habet, *d. l.* 8. *princ.*

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur Modestiana acceptilationis definitio.*
2 *Traditur alia plenior & planior.*
3 *Acceptilationem non videri recte dici speciem stipulationis.*
4 *Solutionis & acceptilationis communia & propria, & num.* 7.
5 *In forma acceptilationis quæ consideranda?*
6 *Materia seu objectum.*

(1) ETiam acceptilatione ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modestino est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contigit ab eodem nexu absolutio, *leg.* 1. *de acceptil.* Sed hæc Jurisconsulti definitio dura plerisque & absurda videtur; neque sane immerito. Nam primum in acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, sed debitor duntaxat interrogat creditorem; deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, sed solus obligatus est. Sunt, qui hanc definitionem Modestini, propter illa verba, *per mutuam interrogationem*, accipienda existimant non de quavis acceptilatione, sed de ea tantum, quam præcedit novatio & stipulatio Aquiliana: quoniam hæc species sola mutua interrogatione constet, in stipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in subsequente acceptilatione vices commutentur, & interrogetur creditor: nec obstare, quod distinctæ sunt species, stipulatio Aquiliana, & acceptilatio, quæ illam perimit: ut enim verbo stipulationis Aquilianæ & acceptilatio, quæ eam sequitur, significatur, *leg.* 5. *leg.* 15.

leg. 15. transact. l. 3. C. eod. ita acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præcessit, stipulationem adsignificari. Cujacius 5. *observ.* 36. Hotomann. 3. *observ.* 18. Cæterum probabilius meo quidem judicio dicemus, Iurisconsultum abusive mutuam interrogationem appellasse, quæ in se quidem una est, sed mutuam habet & subsequentem responsionem, tamquam partem præcedentis interrogationis; ut definitio generaliter concepta, & in exorsu tractationis, de acceptilatione proposita, ad utramque speciem referatur, & tam simplicem; quam eam, quæ fit præposita stipulatione Aquiliana, complectatur. Quod autem Modestinus, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem, id non passive in persona utriusque accipi debet, sed passive in persona debitoris, active in persona creditoris, ut hæc sit sententia; acceptilatio est liberatio, qua debitor absolvitur, & creditor absolvit ab eodem nexu, quo debitor nectitur, & creditor nectit. Plena & magis perspicua definitio hæc est: acceptilatio est verborum conceptio, quibus creditur, cui verbis quid promissum est, rogatus a debitore an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causa. (2) Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur; id est, interrogatione & responsione, certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant. *leg.* 1. *Cod. de accept.* qualia veteribus promiscue usurpata sunt, *acceptum facere*, *acceptum habere*, *leg. 6. l. 7. leg.* 13. §. 1. *& deinceps*, §§. *& leg. seq. eodem* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu: fieri autem ac liberare sine solutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia vere soluta sit, *leg. si accepto*, 19. §. 1. *eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant, removentque hinc stipulationem, quæ quidem & ipsa verborum conceptio est, sed ad obligandum, non ad liberandum, comparata. Scio nonnullos acceptilationem speciem facere stipulationis: quibus stipulatio duplex est: una obligatoria, altera liberatoria. (3) D. Tuldenus dissolutoriam vocat) *adg. l. si unus*, 27. §. 2. *de pact.* Sed neque veterum usui, nec fini stipulationis, neque notationi verbi convenit, distractum nomine stipulationis appellare: & verba hæc Iurisconsulti in *d. l.* 27. §. 2. *Sicut tollitur stipulatio per stipulationem*, non sint accipienda de acceptilatione, sed de stipulatione novandi causa interposita. Addit enim, *Si hoc factum est*. Quæ verba auctores nostri usurpare solent, cum de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *l. 2. l. 6. & pass. de novat.* ita & D. Cujacius in *d. l.* 27. §. 2. *de pact.* VINN. Sed ego nihil causæ video, cur acceptilatio stipulatio dici nequeat, sive finem, sive originem, sive formam spectes, recte hoc nomen feret. Finis est, ut caveamus nobis, velut securiores simus de promissione alterius, *l. 1. §. 4. ff. de stip. præc.* Hic vero aliter nobis promittit liberationem, & ut de ea securiores simus, solemni interrogatione utimur. Origo vocis *stipulatio* a *stipulo*, ideſt, firmo, non abludit a fine acceptilationis: nec forma hic alia quam in stipulatione, neque interrogatio, quæ ita essentiam stipulationis absolvit, ut veteribus stipulatio interrogationis nomine veniat. Sane in Glossariis vetustis ideo vocatur ὑπερώτησις vel ὁμολογία ἢ ἀπὸ ἐρωτήσεως. Adde Senec. *de Benef. lib. III. c.* 15. Admodum dilutum est, quod stipulatio ad obligandum, non ad liberandum sit comparata. Quasi enim, qui liberationem promittit, non sese obliget ad non petendum. Et quomodo dici potest per acceptilationem eodem modo obligationem dissolvi, quo contrahebatur, si stipulatione non dissolvitur? HEIN.

Imaginaria) (4) Solutio naturalitet obligationem resolvit: acceptilatio civiliter, *l. pen. de solut.* nam in solutione debitor aliquid re ipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil; sed tamen quasi præstiterit, liberatur, & acceptilatio solutioni comparatur, *l. 7. §. 1. de lib. leg.* adeoque imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset: unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, *l. 5. de accept.* & veluti solvisse videri, cui accepto latum est, *l. 16. eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solutum accipiendo tam extraneus quivis, qui modo potestate creditoris in eo utatur, quam ipse creditor debitorem liberat, *l.* 12. *l.* 14. §. 1. *de solut.* & contra debitor liberatur, non modo si ipse solvat, sed etiam si quivis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum *princ. hujus* tit. At vero acceptilatione nemo debitorem liberare potest, præterquam ipse creditor; nemo liberari, nisi ipse creditor per se: adeo ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licet interposito speciali mandato liberentur, aut liberent, *l.* 13. §. *tutor*, 10. *l. pen. de accept.* quoniam scilicet actus legitimi, solemnitas per alium peragi non potest, *l. nemo*, 123. junct. *l. actus*, 77. *de reg. jur.* Etenim quo recta nequit, eo obliqua via pervenitur, adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator speciale mandatum habens domini obligationem novatione in se transferant, translatamque deinde suo nomine acceptam ferant aut rogent, *d. l.* 15. §. tutor, 10. & cave aliud colligas ex *l.* 3. *eod.* Cujac. 15. *obs.* 16.

Græce potest fieri) (5) Forma acceptilationis est illa, quam supra exposui, verborum conceptio ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire necesse est, & talia, quæ liberationi conveniant. Et olim quidem hic actus, utpote civilis & legitimus, civilibus dumtaxat & legitimis verbis, ac proinde non nisi Latinis explicari potuit, sed postquam utilitatis causa acceptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus recte interponeretur, illud quoque admittendum fuit, ut interponi posset etiam peregrina lingua. Quod significat Ulp. *l.* 8. §. *ult. de accept.* ubi ait, *hoc jure nos uti, ut juris gentium sit acceptilatio*, id est, ut etiam ii, qui cives non sunt, accepto rogent & ferant. Unde mox, *& ideo puto*, inquit *Græco posse acceptum fieri*, ducem hoc consequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubie exemplo stipulationis inductum, quæ & ipsa antea Latinis tantum verbis concipiebatur: sed usu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id est, quavis alia, quam Latina, fieri posset, dummodo sensus congrueret, & uterque vel per se vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l.* 1. §. *ult. de verb.* §. 1. §. 1. *sup. eod.* In forma acceptilationis illud observandum, ne concipiatur in diem aut sub conditione, alioqui nullius momenti erit. Quippe quæ exemplo solutionis liberare solet, *l.* 4. *& l.* 5. *de accept.* & actus est legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, *l. actus*, 77. *de reg. jur.* Plane quod in diem aut sub conditione debetur, pure acceptum fieri potest, quamvis eadem illa huic acceptilationi tacite insint, ac proinde non prius valeat quam si con-

si conditio exiterit, aut dies venerit. Sed novum non est, ut ea non expressa non noceant, quæ aperte comprehensa vitium afferunt, *leg.* 12. *de acceptill. dict. leg.* 77. *de reg. jur. leg. expressæ* 109. *eodem*. Eleganter hæc explicat Div. Brissonius *leg.* 2. *de solut. tit. de acceptil.*

Quæ verbis consistunt, non etiam cæteræ) Materia sive res quæ in acceptilationem deduci potest, & debitum verbis antea contractum. Primum ut valeat acceptilatio, debitum esse oportet, quod acceptum rogatur & fertur: si aliud, quam quod debetur & revera est in obligatione, acceptum rogatum aut latum fuerit, acceptilatio inutilis est, nec inde liberatio nascitur, *leg.* 6. *in fin. leg.* 13. §. 2. *eum qui*, 5. *eod.* & hoc est, quod definitur in *leg.* 14. *eod.* nisi consentiat acceptilatio cum obligatione, & nisi eorum sit, quod in acceptilatione demonstratur, imperfectam esse liberationem: videlicet propter defectum materiæ, cui acceptilatio seu liberatio applicetur: de quo vide Joann. Wamesl. *cent.* 1. *cons.* 73. *num.* 13. Præterea debitum autem si quid amplius adjiciatur, non vitiatur quidem acceptilatio, sed adjectum nullius est momenti, *l.* 15. *eodem*. Secundo id debitum solum acceptilatione perimi potest, quod verbis contractum est, non alia obligatio: siquidem naturæ convenit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est: & ideo cum acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum, solas verborum obligationes acceptilatione posse tolli, *leg.* 8. §. 3. *eod. leg. nihil*, 35. *de reg. jur. leg. prout*, 80. *de solut.* Plane si, quod ex obligatione debetur, acceptolatum fuerit, etsi hoc debitori ipso jure ad liberationem non proficit, pacti tamen conventi vel doli mali exceptione se tueri poterit, *leg. si acceptilatio*, 19. *de acceptil.* nam utilem acceptilationem saltem vim pacti haberi placuit, nisi quid aliud impediat, *leg.* 8. *princ. eod.*

Quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem deduci) Etsi debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, acceptilatione directo tolli nequeunt, oblique tamen possunt, remedio novationis & stipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem prius convertantur, ut obligatio jam verbis constans, mox verbis itidem dissolvatur: de quo mox plura.

Pro parte recte solvitur) Intellige, consentiente creditore: qua de re abunde dictum in exegesi *pr. hujus tituli*.

Pro parte debiti acceptilatio fieri) Dum debitum sit, totum an pars accepto feratur, ad acceptilationem nihil interest, *leg.* 9. *l.* 10. *l.* 13. §. 2. *de accept.* & pro parte accepto lata contingit liberatio, quamvis alias obligatio conditione sua divisionem non admittat, *leg. qui hominem*, 17. *eod.* quod in solutione contra est, *l.* 2. §. 1. *de verb. oblig l.* 9. §. 1. *de solut.* discriminis rationem superius indicavi. Illud monere plane supervacuum est, si res in stipulationem deducta natura sua divisionem non recipiat, veluti servitus prædii, acceptilationem in partem nullius esse momenti, *d. l.* 13. §. 1. *de acceptil.*

TEXTUS.

De Aquiliana stipulatione & acceptilatione.

2. *Est autem prodita stipulatio, quæ vulgo Aquilianæ appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulationem deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, & a Gallo Aquilio ita composita est.* Quicquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebitve, præsens, in diemve aut sub conditione: quarumcumque rerum mihi tecum actio est, quæve adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve: quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantum pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

O Aquillius Gallus homo Jurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia extitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicero *lib.* 3. *de Nat. cap.* 30. everticulum omnium malitiarum appellat, & ea de posthumo nepote, vivo adhuc filio, hærede instituendo, *l. Gallus*, 29. *de lib. & posth.* stipulationum formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translatæ, acceptilatione deinde perimerentur: quæ stipulatio ab auctore suo Aquiliana dicta est.

Renovat omnes obligationes) Et sic via est ac ratio, per quam usus acceptilationis, per se alioqui angustus, dilatetur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim usus fuit in transactionibus, *l.* 2. *l.* 4. *l.* 5. *l.* 15. *de transact. l.* 3. *l.* 4. *Cod. eod.* Apud nos autem supervacua est; quoniam moribus hodiernis, ut alibi diximus, stipulationum solemnitas exolevit, pactaque nuda eamdem vim habeant, quam stipulatio.

Ita composita est) Exhibetur hic ex Florentino *l.* 18. §. 1. *hoc. tit.* formula stipulationis novantis, ut Aquilio concepta est: sic autem est concepta, ut nobis præbeat certissimum anxiæ veterum in cautionibus componendis diligentiæ argumentum, in qua ne quid omissum videretur, multa ex abundanti sunt adjecta. Verba obiter excutiemus.

Quicquid te mihi ex quacumque causa) Causa negotium significat & obligationem, latiusque patet contractu: nam & ad eas obligationum species pertinet, quæ ex maleficio vel quasi ex maleficio proficiscuntur, *l.* 9. *de verb. cred.*

Dare facere) Sine conjunctione hæc proferri solent, ut pleraque alia, veluti *uti frui, ire agere, dare legare*, &c. innuunt autem, omnem obligationem vel in dando, vel in faciendo consistere.

Oportet, oportebitve, præsens, in diemve, aut sub conditione) Verbo *oportet* præsens tantum debitum demonstratur, *leg. stipulatus*, 76. §. 1. *de verb. obl.* verbo *oportebit* etiam quod in diem aut sub conditione debetur: utrumque enim comprehendit, *leg.* 8. *de verb. significat.* Hoc autem verbum *oportet* non ad facultatem judicis, qui potest vel pluris vel minoris con-

condemnare, sed ad veritatem refertur, *leg.* §7. *de verb. signif.*

Tecum actio, petitio, persecutio) Actio in personam est, petitio in rem, persecutio ad extraordinarias magistratuum cognitiones pertinet, *l. pecuniæ*, 178. §. 2. *de verb. sign.* Sensus ergo est, quicquid actionem in personam consequi, vel vendicare, vel magistratu cognoscente extra ordinem persequi potes.

Quodve tu meum habes) Hæc abundant: ex superioribus enim satis intelligi poterant, cum suum cujusque sit, cujus vindicandi jus habet, *l. Quintus* 27. §. *de aur. arg. leg.*

Habes, tenes, possides) Tenere ad factum refert, possidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure dominii & jure possessionis & mera detentione, *leg. habere*, 188. *de verb. sign. l. stipulatio*, 39. §. *hæc quoque*, 7. & 2. *seqq. de verb. oblig.* quamquam hæc distinctio non est perpetua.

Dolove malo feciſti, &c.) Dolus enim pro possessione est, semperque possidere intelligitur, qui dolo fecit, quominus possideat, *l. parem*, 150. *leg. ad ea*, 157. §. 1. *de reg. jur.* Cætera per se satis plana sunt. VINN. Adjiciemus tamen & de verbis sequentibus nonnulla. Verba, *quanti quæque earum rerum res erit*, ad reales actiones spectant, in quas non minus quam in personales hanc stipulationem conceptam fuisse jam Vinnius observavit. Cum itaque quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequeat, adeoque rem nostram stipulari non possimus, §. 2. *Inst. de inut. stipul. l.* 82. *ff. de verb. obl.* callide Aquilius æstimationem pro re stipulari nos jussit. Vocabula denique Aulus Agerius & Numerius, (vel ut apud *Pariat. LL. Mos. & Rom. tit.* 2. §. 6. legitur Numidius) Nigidius in formulis usitatissima fuisse, illoque actorem, hoc reum significari consuevisse, ad locum illum Pariatoris notavit vir eximius Petr. Pithœus. HEIN.

TEXTUS.

De Novatione.

3. *Præterea novatione tollitur obligatio; veluti si id, quod tibi Sejus debebat, a Titio stipulatus sis. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Qua casus res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si in eadem persona sit, a qua postea stipuletis, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit; alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat quando novandi animo videretur hoc fieri, & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio; quæ apertissime definivit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod pro-*

per novationem prioris obligationis convenerunt: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundum ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

NOTÆ.

3. *Novatione tollitur obligatio*) Sed ita, ut in locum sublatæ nova substituatur, *leg.* 1. *de novat.* Fit autem hæc conversio verbis seu stipulatione, *dict. leg.* 1. *l.* 1. *l.* 5. & *pass. eod.*

Inutilis sit) Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Eadem ratione si expromissor non sit solvendo; prior tamen obligatio tollitur: etiam in casu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, *leg.* 26. §. 2. *mand.*

COMMENTARIUS.

1 *In novatione quæ necessaria, & an aliter, quam per stipulationem præcedens obligatio novetur?*
2 *Veræ novationis effectus.*
3 *Quot modis novatio fiat? ubi & de delegatione.*
4 *De novatione, quæ fit per litis contestationem: & quantum hæc differat a vera & voluntaria?*
5 *Quis effectus, si quis quod alius debet, a pupillo stipuletur sine tutoris auctoritate, & cur diversum sit a servo?*
6 *Si ab eodem debitore quis stipuletur, quando novatio fieri intelligatur?*
7 *Quid novi juris a Justiniano constitutum circa novationem? ubi multa notabilia.*

NOvatione quoque ipso jure obligatio tollitur: sed ita, ut in locum sublatæ alia nova substituatur: est enim novatio, prioris debiti in aliam obligationem conversio, *leg.* 1. *de novat.* Fit hæc conversio verbis seu stipulatione, *d. l.* 1. §. *l.* 2. *l.* 5. 6. 7. *l.* 11. & *pass. eod. l.* 1. *l.* 3. *l.* 7. *l. ult. C. eod. l.* 6. *C. si cert. pet.* (1) Ac proinde in novatione hæc fiunt necessaria; obligatio vetus, obligatio nova, & stipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiscumque est, aut quomodocumque contracta, verbis novari potest, *l.* 1 *l.* 2. *de novat.* nec metuendum hic est, ne obstet regula juris de dissolvendis obligationibus, *leg. nihil*, 35. *de reg. jur.* Nam in novatione solutio quædam est, & quasi naturalis præstatio, *leg.* §. §. 3. *ff. ad. SC. Vellej.* qualis est, cum pro eo, quod debeatur, præstatur aliud volenti creditori, *leg.* 17. *C. de solut.* Nova quæ constituitur obligatio, utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil interest, *dict. leg.* 1. *in fin. de novat.* de quo pluscula in explicatione textus. Stipulationem cum exigimus, hoc significamus, sola stipulatione præcedentes obligationes novari, non etiam nudis pactis, ac ne contractu quidem alio, veluti mandato, ut ex memoratis textibus apparet, & bene post alios defendit Gœdd *de contr. stip. c.* 5. *conclu.* 8. *n.* 90. & *seqq.* adversus Bartholum in *dict. l.* 1. in contrarium adducentem *l. si mandatu*, 45. §. *ult. mand.* Tantum in contractibus, quæ solo consensu perficiuntur, hoc accidit, ut & nudus consensus contractum dissolvat: & alium ejusdem generis constituat. *l.* 7. §. *adeo*, 6. *de pact. l. pacta*, 72. *de contrah. emp.* Hodie sane etiam simplicibus pactis novationes fieri solent, adeoque frequentius quam per stipu-

stipulationem, utpote cujus solemnitas pene exolevit, ut post DD. in *l. singularia*, 15. *de reb. cred.* tradunt Wesemb. *hic* Gudelin. *leg.* 3. *de jur. noviss. cap.* 12. Præter hæc & animus novandi exigitur: nec enim aliter fit novatio, quam si hoc agatur, ut prior obligatio novetur, *leg.* 2. *in fin. l.* 6. *l.* 8. §. 2. *& ultim. l.* 28. *de novat. l.* 3. *C. eod.* de quo item fusius postea. (2) Effectus novationis est, ut nova obligatione constituta prior perimatur, *d. l.* 1. *eod.* quæ res facit, ut etiam incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, simul evanescant: qualia sunt hæc: mora facta, periculum interitus rei debitæ, pœna veteri obligatione promissa, usuræ ex eadem causa debitæ, privilegium, quod prioris actionis fuit, pignora denique & fidejussores, *l.* 8. *l. si creditor*, 15. *l. novatione*, 18. *l. emptor*, 27. *l. aliam*, 29. *de novat. l. in omnibus*, 43. *de solut.* Plane si pignora prioris obligationis in novatione repetita fuerint, placet, creditori manere ordinem & prærogativam temporis, ut in his præferatur posteriori creditori, id est, cui eadem pignora postea licet ante novationem obligata sunt, *l.* 3. *qui pot. in pign.* & ibi Bart. Mynsi. 1. *obs.* 59. Gaill. 2. *obs.* 30. *n.* 10. (3) Potest autem novatio dupliciter fieri, vel manente eodem debitore, vel persona debitoris mutata: priore casu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, *hoc text. vers. Sed si eandem persona.* Posteriore novatio fit, quoties liberato priore debitore, alius, qui expromissor appellari solet, ut notatum sub. *tit. de fidej.* locum ejus subit; veluti si Titius novationis causa promittat Sempronio, quod ei Sejus debet: sive id sua sponte Titius faciat, & vel ignorante vel nolente debitore, *l.* 8. *in fin. de nov.* sive debitoris mandato, quæ species novationis delegatio dicitur per metonymiam causæ, siquidem delegare hic est vice sua alium reum dare creditori, *l.* 11. *eod.* quæ delegatio inter delegantem quidem & delegatum nullo consensu fit, *l. delegare*, 17. *eod.* sed non perficitur, id est, novatio debiti non fit, nisi stipulanti creditori is, qui delegatus est, promiserit, *l.* 1. *C. eod.* Gail. 2. *obs.* 30. *n.* 8. Christ. *vol.* 4. *dec.* 180. *n* 4. *& 5* D. Tulden. *comm. hic c.* 8. (4) Porro sciendum est, agi hoc loco de novatione, cui hoc nomen per excellentiam & absolute tribuitur. Fit vero præter hanc, quæ stipulatione fit, & alia, quam inducit litis contestatio, *dict. l.* 11. *l. aliam*, 29. *eod. l.* 3. *C. de usur. rei jud.* nam & judicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati, *l.* 3. §. *idem scribit.* 11. *de pecul.* Atque hæc quoque fit vel manente eodem reo, puta si ille ipse litem contestetur & suo nomine suscipiat, vel persona rei mutata, si alius pro reo judicium accipiat, sive mandato illius, quæ species est delegationis: *dict. leg.* 11. §. 1. *de novat.* sive reo ignorante aut etiam nolente, *leg. solutione*, 23. *de solut.* Cæterum hæc species novationis superiori longe dissimilis est, & secundum quid tantum dicitur novatio fieri per litis contestationem, quatenus scilicet actio in judicium deducta novas quasdam assumit qualitates: veluti quod quæ tempore aut morte peritura fuisset, judicio inclusa salva manet, & ad hæredes transmittitur, *leg. omnes*, 26. *de oblig. & act.* §. 1. *inf. de perp. & temp. act.* & quia reo condemnato nova accedit actio judicati, priore multo utilior, *leg. post reo*, 59. *de re judic. l.* 4. *C. de usur. rei judic.* At enim vero per litis contestationem vel sententiam vetus actio non consumitur: per text. *in l. fidejussores*, 45. §. 1. *de fidejuss. l. qui servum*, 20. *de interr. in jur. l.* 2. *C. de judic. arg. l. qui juravit*, 26. §. *ultim. leg.* 27. *l.* 29. §. 1. *de jurejur.* junct. *l. cum qui*, 30. *in pr. eod.* junct. *l.* 2. *eod. l.* 8. *C. de reb. cred. & dict. l. post rem*, 56. *de re jud.* Et hinc est, quod commoda quoque prioris actionis creditori salva manent, *l.* 8. §. 3. *de fidejuss. l.* 13. §. 4. *de pign. l. aliam*, 29. *de novat. fac. l. non solet*, 86. *& seq. de reg. jur.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 180. *n.* 2. Interpretes vulgo has novationis species sic distinguunt, ut eam, quæ per stipulationem fit, voluntariam appellent, quæ judicio accepto, necessariam: cujus distinctionis fundamentum est in *d. aliam*, 29. *de novat.*

Interventu novæ personæ) Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo; sed quæ alienam obligationem in se transferat expromittendo. Per adstipulationem & adpromissionem fidejussor intervenit; novatio per exstipulationem & expromissionem: unde per hanc prior obligatio extinguitur.

Licet posterior stipulatio inutilis) Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Similiter etsi expromissor non sit solvendo, præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in casu delegationis: quoniam, ut aic Paulus, bonum nomen promissoris fecisse videtur creditor, qui admisit debitorem delegatum, *l. inter*, 26. §. 2. *mand.*

A pupillo sine tutoris auctoritate. (5) Pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem non obligari jure civili, nisi in quantum factus est locupletior, constat, *l.* 5. *& 9. de auct. tut.* At tamen si eius ætatis sit, ut intelligat quod agitur, naturaliter saltem obligatur, ut demonstravimus *supr. ad* §. *pupill.* 9. *de inut. stip.* & ideo quod huic consequens est, si pupillus sine tutoris auctoritate, quod alius debet, stipulanti creditori novandi animo promiserit, potior obligatio jure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem: quippe sufficit ad novationem quod posterior obligatio vel naturaliter teneat, *l.* 1. *in princ. & §.* 1. *de nov.* Neque est contrarium, quod Paul. scribit in *l. novare*, 20. §. 1. *eod.* pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare: neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum, quod sibi ex aliqua causa debetur, in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, atque ita forte conditionem suam facere deteriorem, quod negat *Paul. d. loc.* sed hoc, pupillo sine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur: quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax: nimirum sibi imputare creditor debet, quod alienam obligationem in pupillum transtulerit, quem sciebat, aut scire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quam interposita tutoris auctoritate, per *l. qui cum alio* 19. *de reg. jur.*

Et posterior obligatio nulla est) Non simpliciter nulla: natur utique naturaliter tenet, *l.* 1. *in fin. de novat.* sed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possint: qualia sunt, jus compensandi, soluti retinendi: quo etiam intuitu, quod pupillus sine auctoritate tutoris promisit, ne natura quidem deberi interdum dicitur, *l. quod pupillus*, 41. *de cond.* quamvis revera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant: qua de re uberius sub §. *pupill.* 9. *de inut. stip.* Quod si nulla hic succederet obligatio, nulla etiam intelligeretur novatio fieri, sed prior obligatio maneret in suo statu, *d. leg.* 1. *per tot.*

Non idem juris est, si a servo) Non quia servus ex contractu suo, si consensum spectemus, non obligetur natu-

naturaliter, *l.* 13. *de cond. ind. l.* 1. *de oblig. & act.* sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis, extra causam peculiarem, incapax, *leg.* 3. §. 1. *de pact. l. ult. hoc tit.* Sunt enim quædam causæ, quas jus civile ita in servo improbat, ut si cum eo intervenerint, ne interveniisse quidem videantur: ac proinde nec dominum obligent de peculio, & pecunia ex his causis soluta repeti possit, cujusmodi sunt, si servus pro libero se gerens judicio conventus & condamnatus sit. si in arbitrum compromiserit, *l.* 3. §. *si servus*, 8. *de pecul. leg.* 5. §. 2. *dict. tit.* si pro alio fidejusserit rem peculiarem non gerens, *l.* 3. §. *si filiumfam.* 5. *eod. tit. l. servus*, 19. *& seq. de fidejuss.* & denique si expromiserit, aut alias obligationem non peculiarem novaverit, *l. in persona*, 30. §. 1. *de pact. l. ult. de novat.* Quin etiam quibusdam visum est, nec peculiarem obligationem servum novare posse, extra quam si liberam habeat peculii administrationem, ac ne tunc quidem expromissorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quæ sententia probari videtur *l. ult. de novat.* junct. *l. servus*, 16. *eod. l. fugitivus*, 19. *de solut.* & facit *leg. servus*, 20. *cum l. seq. de jurejurand.*

(6) *Si eadem persona sit, a quo postea stipuleris, &c.*) Sententia hujus loci hæc esse videtur, si idem debitor sit, a quo postea stipuleris, & præcedens obligatio verbis quoque contracta, non aliter novationem fieri, quam si posteriore stipulatione aliquid novi comprehensum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejussor adjectus, detractusve: nam neque si alia persona intervenerit, hoc desideratur, neque si debitum prius ex alia causa descendat: quamtumvis cum eodem debitore stipulatio postea sit, modo animus novandi adsit. Neque enim dubito, quin si decem a te stipulatus sim, quæ mihi verbi gratia ex causa mutui debebas, & tu promiseris, obligatio ex numeratione nata novetur, & transferatur in obligatione verborum; utique si de jure veteri quæratur, *arg. l.* 6. *& 7. de novat.*

Si conditio aut dies) Stipulatio etiam novationis causa non tantum pure, verum etiam sub conditione aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, pure novandi causa promitti: quo effectu, docebunt textus in *l.* g. 5. *l.* 18. §. 1. *l. quoties*, 14. *per tot. l. novatio*, 25. *leg. si rem*, 31. *de novat. l. Juliam*, 60. §. 1. *de cond. indeb.* Late & eleganter D. Brissonius *lib.* 2. *de solut. tit. de novat.*

Dubium erat, quando novandi animo) In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut præcedens obligatio novaretur, *l.* 2. *in fin l.* 8. *princ.* §. 2. *& ult. l. fundum*, 28. *de novat. leg.* 3. *C. eod.* (7) Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in secundam obligationem itum: quo in dubio, veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset, expressam requirebant convenrionem, *l. si usumfructum*, 58. *de verb. oblig.* vid. D. Ant. Fab. 3. *conj.* 3. Justinian. vero, ut materiam litium præcideret, in universum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundum ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ est illa constitutio, cujus hic meminit. Nihilominus tamen plerique adhuc admittendum censent, ut ex conjecturis urgentibus & manifestis novatio inducatur, utique si non ipso jure, saltem per exceptionem: eaque sententia, licet verba constitutionis refragari videatur, multis in locis recepta est, ut rationi consentanea. Quid enim si posterior obligatio quædam repugnantia elidat priorem, & potius est, ut dicamus, Justinianum eas duntaxat conjecturas tollere voluisse, quas in universum veteres constituerant: quod genus sæpe fallit. Vid. Gail. 2. *obs.* 30. *n.* 1. *& seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 180. *n.* 6. *& seqq.* Tulden. *Comm. hic cap.* 7. ubi etiam testatur, legem illam Justiniani in Gallia usu abrogatam esse. Bartholus quoque in *l. delegare*, 11. *de novat.* existimat, eam non pertinere ad delegationem, quem sequuntur Zas. *in l.* 11. *num.* 11. *de reb. cred.* Gail. *d. l. loc. n.* 9. Wesemb. *parat. de novat. n.* 8. *Curia Holland. decis.* 28. Et sane illa legis verba, *vel aliam personam habuerit, vel mutaverit*, commode de persona fidejussoris explicari possunt, add. Bachov. *ad Troutl. vol.* 2. *disp.* 29. *obs.* 6.

Ut maneat ex utraque causa obligatio) Sicut jure veteri obligationes censebantur, *leg.* 2. *in fin. de novat.* Cujus rei hic effectus est, quod creditor ex utraque obligatione agere possit; & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quod etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur, qui pro priore intervenerant. Gail. *d. l. n.* 5. *& 6.* Plane si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia sunt obligationes unius rei, *l.* 7. §. *ult. de novat.*

TEXTUS.

De contrario consensu.

4. Hoc amplius ex obligationes, quæ consensu contrahuntur; contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis: deinde re nondum sequuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut descenderetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem si in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.

NOTÆ.

4. *Re nondum secuta*) Id est, si nihilum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent: neque enim ut retro tradatur, quod jam datum est, nudo pacto obligatio constitui potest, *d. l.* 58. *in fin. de pact.* Vide *infr. de comment.*

COMMENTARIUS.

1 *Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.*
2 *Eodem modo re integra tolli & civiles nudi consensus, & honorariam pignoris.*

QUædam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. (1) Quo in genere est omnis obligatio naturalis, tum civiles ex, quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo pacto ipso jure tolli,

l. Stichum 96. §. naturalis 4. de solut. quod nihil aliud est, quam tolli nudo consensu. Justum enim pactum, sicuti justam conventionem dicimus, quod æquum est, atque honestum, nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. tale pactum 40. §. 1. l. epistola 52. §. 2. de pact.* Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ *l. nihil tam naturale 35. de reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis quam consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, *d. l. Stichum 93. §. 4. de solut.* Non adversatur *l. si unus 27. §. 2. de pact.* (2) quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo excepto quæsita erat, per posterius elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur. Vid. *inf. sub tit. de replicat. in princ.* VINN. Atqui & fidejussoris obligatio mutuo principalium contrahentium consensu solvitur, cum tamen fidejussor non consensu, sed verbis obligetur, *l. 3. ff. de resc. vend. l. 94. §. ult. ff. de solut.* Sed in promptu est responsio. Fidejussoris obligatio non tollitur mutuo consensu, sed obligatio principalis, cui fidejussor accessit. Sublata autem obligatione principali, accessoria ipso jure expirat, *l. 129. §. 1. l. 178. ff. de reg. jur.* HEIN. De civilibus nudi consensus obligationibus constans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo consensu dissolvi, *l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend.* dummodo rebus integris a contractu habeatur, *l. 7. §. adeo 6. l. ab emptione 58. de pact. l. 1. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt, *l. prout 80. de solut. d. l. 35. de reg. jur.* Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse, tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium, utpote a jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est & accidentarium; ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit in quo actio fundetur: eadem videlicet ratione qua nulla subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et secundum hæc recte defenditur etiam, obligationem pignoris, quæ jure Prætorio constituitur nuda conventione, *leg. 1. de pign. act.* contruria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi, licet obstare videatur, *leg. si tibi 17. §. 2. de pact.* sed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo quod directo tendit ad dissolutionem pignoris. Vid. Neguz. *tr. de pign. part. 6. memb. 3. num. 3.* Bachov. *lib. 5. de pign. cap. & in comm. ad tit. de pact. cap. de pact. resc.* De furto & injuriis lex 12. Tabular. paciscí permisit: quæ causa est, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipsum jure tolluntur, *d. leg. si tibi 17. de pact.* junct. *leg. 6. leg. 7. §. si paciscr. 14. in fin. eod.*

Contraria voluntate) Id est, contraria conventione, seu utriusque partis consensu; *l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. desc.* unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, *l. 5. C. de oblig. & act. l. 3. Cod. de resc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & societas etiam unius voluntate dissolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut suis locis demonstravimus.

Re nondum secuta) *l. 7. §. adeo 6. de pact. l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *leg. ab emptione 58. pact. l. 1. & l. 2. C. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc.* id est, si nihildum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent; veluti in exemplo proposito, si neque res a venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenerit, consensu amplius negotium resolvi nequit, nisi simul restituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio constitui potest, *d. lgg. ab emptiona 58. in fin. de pact.* Arrharum vero aut fidejussorum interventus non efficit, quominus res integra maneat, nudoque adhuc consensu possit ab obligatione recedi, *leg. 3. de resc. vend. l. 11. §. is qui 6. de act. empt. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc.*

FINIS LIBRI TERTII.

AR-

A R N O L D I
V I N N I I JC.
IN LIBRUM QUARTUM
INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM
COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS
CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.
DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 2. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 2.

Continuatio. Delictum quid, & quotuplex.

EX quatuor causis obligationum propositis §. *ult. supr. de oblig.* duæ superiore libro tertio expositæ sunt: contractus, & quasi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet, & quasi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est omne factum illicitum, quod lege humana pœnam meretur. Estque vel *publicum*, quod ad læsionem reipub. directo tendit, & publice in exemplum vindicatur, de quo genere est tit. ultimus hujus lib. vel *privatum*, quo offenduntur singuli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta proprie crimina; privata, maleficia appellantur: quamquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet; quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia: quod contingit sane per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, *l. ult. de priv. de ult. de furt. l. ult. de injur.* Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum est, ex ea causa debetur, sed extra ordinem ad vindictam agimus, pœnamque pro modo admissi arbitrio cognoscentis statuendam, sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

Cum sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu, & quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæ vero unius generis sunt; nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

NOTÆ.

Quæ ex delicto) Scilicet privato, unde læso obligatio & actio pecuniaria, sive civilis. Nam judicia publica aut persecutiones criminales huc non pertinent.

Furto, rapina, damno, injuria) Quadriga delictorum privatorum, ex Cajo *l. 4. de obl. & act.* Reliqua, de quibus *lib. 47. ff.* ad hæc quatuor referri possunt.

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu maleficia omnia dicantur ex re nasci?*
2 *Summa hujus tituli.*

HÆ *unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur*) Ita quoque Cajus *l. 4. de obl. & act.* Obligationum, quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species, causis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut solo consensu, §. *ult. sup. de oblig.* (1) Quæ vero ex maleficio oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt: nam hæ omnes re tantum consistunt, id est, ipso maleficio, *d. l. 4.* Ut ecce, qui verbis aut scriptura professus est furtum se fecisse, aut in furtum nuda voluntate consensit, non tenetur furti: sed ut teneatur, necesse est, contrectatio interveniat, *l. si quis* 51. §. *neque* 19. *de furt.* Similiter, si quis verbis aut litteris confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur actione injuriarum; sed ut teneatur, oportet interveniisse contumeliam, *l. si unus* 37. §. 2. *de pact.* ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Utut ergo injuria etiam verbis & scriptura fieri dicatur, *l.* 1.

§. 1. *l. 3. §. si quis 9. & seq. de injur. l. un. C. de famos. libelli* tamen illa hic non attenduntur, ut causæ obligationis, *sed ipsum* maleficium duntaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, *l. actionem 25. §. 1 de obligat. & act.* Illud quoque dissimile est, quod ad constituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

(2) *Furto, rapina, damno, injuria*) Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Cajus *d. l.* 4. nimirum reliqua ad hæc quatuor referri possunt. Porro horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto ex professo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus sit, agitur, doceturque, quid illud sit, & quotuplex: quæ ejus pœna; quæ causa efficiens, materia, & forma; quando, quibus in rebus, & a quibus committatur; quis sit effectus; quæ inde actiones, quibus, contra quos, & cujus rei gratia dentur.

TEXTUS.

Definitio furti.

1. *Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere.*

COMMENTARIUS.

1 *Furtum non fieri sine contrectatione; & quid inde? tum quis contrectare dicatur.*
2 *Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet.*
3 *Non item qui non lucrandi animo.*
4 *Quid si urgente fame esculenta ablata? &c.*
5 *Furtum fieri non intelligi, nisi sit qui possideat.*
6 *Furta per se & natura turpia esse.*

AUctor hujus definitionis est Paulus, *l. 2. §. ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib. 2. sent. tit. 11.* furem sic definivit; *Fur est*, inquit, *qui dolo malo rem alienam contrectat.*

(1) *Contrectatio*) Furtum sine contrectatione fieri non potest. Contrectare est rem manu tractare & e loco movere, *l. 3. §. si rem 18. de acquir. possess. l. thesaurus 15. ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti, §. 2. *sup. de usuc. in fin.* Deinde furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, *l. 1. §. 1. si quis 52. §. neque 19. hoc tit.* Et consequenter furem nondum esse, qui tantum conclave intravit furandi causa, *l. vulgari. 21. §. qui furti 7. eod.* nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervertendi causa amoverit, occultaverit, *d. l. 1. §. 2. 2. l. inficiando 67. eod. d. l. 3. §. si rem 18. de acquir. possess.* Plane, etiam sine oblatione, sola contrectatione furtum committi potest, *d. l. vulgaris 21. §. item si hoc tit.* Neque is solum furtum facere & rem contrectare intelligitur, qui eam surripit, & domino aufert, sed & qui rem aut pecuniam, quam a domino accipit, alteri dandam, solvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in suos usus convertit, *l. si quis 53. §. Julianus 16. eod. l. 7. Cod. cod.* aut qui re prius ex voluntate domini accepta utitur, cum usum nullum habeat, aut aliter utitur, quam ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf. sub. §. furtum 6* Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsente indebitum ei, quem delegavit, solvitur, *l. falsus 43. §. 2. eod.*

(2) *Fraudulosa*) Fraudulosa contrectatio est, cum quis rem alienam contrectat sciens dolo malo. Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contrectare potest. Vid. *infr. §. aliquando 10.* Sed & si cum esset aliena, suam qui esse existimaverit, fur non est, licet in jure, non in facto, erret, *l. sed & si 25. §. scire 6. de hær. pet. §. 2. sup. de usuc.* ex voluntate enim & proposito maleficia æstimantur, *l. qui injuria 53. hoc tit.* Denique furtum sine animo & affectu furandi, id est, rem intervertendi domino, non committitur, §. *placuit 7. inf. eod.* cui non est contrarium, quod Pomponius scribit; cum, qui saccum cum pecunia surripuit, furti etiam sacci nomine teneri, quamvis sacci surripiendi animum non habeat, *l. qui saccum 77. eod.* Nam etsi in hujusmodi specie principale propositum non est saccum furari, tamen per consequentiam, quo scilicet commodius pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut discernantur furtum a rapina, actus clandestinus a violento, πλανὴ γάρ ἐστιν ἡ λανθάνουσα καὶ οὐ βίαιος μεταλλαγή. Procl. *in Parmen. Plat.* Nam etsi generali significatu & vis fraudem & dolum habet; *l. 2. §. doli 8. vi bon. rapt.* specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria significatur, quæ occulte fit & clanculum, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis esse.*

(3) *Lucri faciendi gratia*) Hæc verba causam finalem continent, & præcipue furtum a cæteris maleficiis separant, *l. 8. §. 2. arb. furi. cæs.* Etenim in distinctione delictorum non tam factum consideratur, quam faciendi causa, id est propositum & intentio delinquentis. Itaque si quis re alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis sciens, dolo malo, id factum in aliquid genus delicti cadit: si contumeliæ causa, injuria est; si nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l. verum 39. l. qui injuriæ, 53. hoc tit. l. 5. §. ult. l. 41. ad l. Aquil.* (4) A lucri studio, ac proinde etiam a crimine furti, & ille alienus esse videtur, qui urgente fame esculenta aufert, ut inediæ succurrat, *c. 3. X de furt. c. 26. de consec. distinct. 5.* quemadmodum nec illud pro furto habetur, si viator equum, quo vehitur, reficiat, & pascat in gramine aut viridi sylva secundum viam, dummodo id faciat sine aliqua vastatione, *liq. 2. feud. tit. de pec. ten. & ejus vol. §. ult.* cui simile est, quod viatori permittit Moses *Deuteron. c. 13. vers. pen. ult.* & Plato 8. *de legib.* add. Covarr. *in cap. peccatum 5. de reg. jur. in 6. part. 1. §. 1. num. 3.* & Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap. 2. num. 6. vers. i.* (5) Illud sciendum est, ut maxime res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi causa, furtum tamen subtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quam si sit, qui possideat. Hinc enim est, quod negatur furtum fieri rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, vel post aditam, antequam hæres possideat; nisi res pignori data, aut commodata, aut ususfructus alienus, *l. 1. §. Scævola, 15. si is qui test. lib. l. 14. §. si res, 14. l. hæreditariæ, 68. com. 2. ll. seqq. hoc tit. l. 2. & ult. expil. hær.* Efficit hoc inquam subtilis juris ratio, quasi non sit, cui fiat. Neque tamen impune fert, qui rem hujusmodi surripuit: nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi potest, & hæres rem vendicare, tenetur crimine expilatæ hæreditatis, *d. l. 2. expil. hæred.* Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis forte aliquid in via jacens lucrandi animo sublulit, ignorans cujus sit, *leg. falsus 43. hoc tit.* D. Tulden. *comm. hic cap. 8.*

Vel

Vel ipsius rei, vel usus possessionisve) Hoc est, ea gratia, ut quis lucrum faciat, vel totius rei, quam contrectat, vel usus ejus, aut possessionis duntaxat: nam ipsa contrectatio tantum corporis est: exempla furti usus rei sunt *in* §. *furtum* 6. possessionis, §. *aliquando*, 10. *inf. l. furtum*, 74. *hoc tit.*

(6) *Lege naturali prohibitum*) Furtum non ut nuptiæ cum filia aut sorore adoptiva more aut instituto civitatis, sed per se & natura turpe ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda, *l. probrum*, 42. *de verb. signific.* ad quod demonstrandum nihil opus est vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipsa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas esse alteri, detrahere sui commodi causa. Cicero *lib.* 3. *offic. c.* 5. *Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus.* Quod vero apud quasdam gentes furta licita atque impunita fuere, velut apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus testatur Gell. *l.* 11. *cap.* 18. id rationem communem non mutat: neque ex unius aut alterius populi institutis de jure naturæ sive gentium judicandum est: de quo latius differui *sub tit.* 2. *lib.* 1. Sed nec illi ipsi, quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furta simpliciter permiserunt, aut probarunt, tanquam rem omnibus & per se licitam. Verum Ægyptiorum legislator, cum existimaret fieri non posse, ut omnes a furto abstinerent, viam quæsivit, qua domini res sublatas statim & sine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellet, jussit nomen suum proficeri apud furum principem, atque ad eum res furreptas e vestigio referre, quæ deinde dominis ita restituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione persolverent, quasi pœnam negligentiæ. Diod. Sicul. *lib.* 1. *biblioth. cap.* 18. Lycurgus autem, qui Lacedæmoniis leges tulit, non promiscue omnium rerum furta permisit, sed tantum edulium, neque omnibus furari, sed junioribus duntaxat; quos furtim sibi alimenta comparare voluit, ut acuerent industriam, discerentque a pueris, noctu vigilare, interdiu fallere, insidias struere, exploratores habere; quoniam deprehensos verberibus cædi jubebat; ita adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte *lib. de republ. Lacedæmon.* VINN. ex alio fundamento furtum lege naturali prohibitum esse negat ὀρθῶς Salmas. *de usur. cap.* 9. puta, quod ipsum dominium non natura, sed hominum voluntas introduxerit, sine dominio autem furtum non intelligatur. Enim vero cum jus naturæ vel absolutum sit vel hypotheticum, facile patet, posito dominio, furtum ipsi rectæ rationi non absolute, sed hypothetice adversari. Vid. Puffendorf. *de Jur. Not. & Gen. Lib.* 3. *c.* 3. §. 24. HEIN.

TEXTUS.

Etymologia.

2. *Furtum autem, vel a furvo, id est, nigro dictum est, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte: vel a fraude, vel a ferendo, id est, auferendo, vel a Græco sermone, qui φῶρας appellant fures. Immo & Græci ἀπ' ἐτῦ φέρειν φῶρα dixerint.*

COMMENTARIUS.

TRaditur hic quadruplex furti etymologia ex *leg.* 1. *princip. hoc tit.* nimirum quod furtum dictum sit vel a *furvo*, vel a *fraude*, vel a *ferendo*, vel ab antiquo Græco verbo φῶρ. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui, ut Paulus refert in *d. l.* 1. furtum a furvo, id est, nigro, ideo dictum ait, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius *lib.* 1. confirmat auctoritate Varronis, quem scribit furem ex eo dictum tradidisse *lib.* 14. *de rer. div.* quod furvum atrum appellaverint, & fures per obscuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in *l.* 9. *Æneid.* ad illud Virgilii *vers.* 350. *Hic furto fervidus instat*, notat, fures ideo dictos, quod furvo, id est nigro tempore furta committunt. Secundæ auctor est Sabinus *dict. l.* 1. quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod a ferendo, id est, auferendo fures dicantur, cum re optime convenit. Postrema, quod fur a verbo Græco φῶρ per affinitatem litterarum dictus sit, placet Gell. *lib.* 1. *cap.* 18. ubi tantum non carpit Varronem, quasi memoria lapsum, quod furem dictum scripsit a furvo. VINN. Vere fures a *ferendo* vocati. Hinc ipsos servos olim ita dictos nemo ignorat. Simile quid contigit Germanico vocabulo, *Scalk* quod quum olim servum, famulum, ministrum notarit, eaque significatio etiamnum supersit in nominibus, *Mareschallus*, *Seneschallus*, *Gottschallus*, &c. hodie non nisi in sensu deteriore pro homine nequam & callido nebulone accipitur. HEIN.

TEXTUS.

Divisio.

3. *Furtorum autem duo sunt genera; manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum; sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit; veluti qui in domo furtum fecit, & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehensus fuerit. Immo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo perveneris, quo deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum est, id scilicet nec manifestum est.*

NOTÆ.

3. *Quam genera furtorum*) Quamvis Paulus hæc inter genera furtorum referat, *lib.* 2. *sentent.* 31.

COMMENTARIUS.

1 *Genera furtorum, tum quæ olim, tum quæ secundum praxim hodiernam?*
2 *Furis manifesti descriptio.*
3 *Quid furtum nec manifestum?*

(1) FUrtorum tantum duo sunt genera, manifestum, & nec manifestum, *l.* 2. *eod.* nam, ut hic indicatur, & latius explicatur §. *seq.* conceptum & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto cohærentes:

tes; neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, *l. vulgaris 21. princ. vers. nam etsi eod.* Plane furtum varie subdividi potest; veluti quod aliud sit diurnum, aliud nocturnum; aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernuntur & a cæteris furibus abigei, balneatii, saccularii, directarii; atque attrocius extra ordinem puniuntur, *tit. de amb. & de fur. bland. l. 7. de extraord. crim.* Peculatores, sacrilegi, plagiarii puniuntur legibus publicorum judiciorum, §. 9. & 20. *inf. de publ. jud.* Ex praxi Galliæ & harum regionum furtum dividitur in simplex & qualificatum. Simplex est, cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans adhæret. Qualificatum contra. Vid. Damhoud. *prax. crim. cap.* 110. *de* Baron. *comment. hic part. ult.*

(2) *Manifestus fur est*) Descriptio furis & furti manifesti, ex qua discimus, furem manifestum censeri primum eum, qui in ipso facto seu actu furandi deprehenditur; tum eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi fit furtum; postremo & eum, qui, quantumvis locum egressus, deprehenditur cum re furtiva, antequam eam pertulit, quo perferre destinaverat. Desumpta hæc descriptio est ex *l.* 1. & 2. *seqq. de furt.*

Ἐπ' αὐτοφώρῳ *appellant*) Hoc est αὐτοφεὶ in ipso ἐπ' αὐτῇ τῇ φορᾷ, scil. ἁλόντα deprehensum in admisso Papinianus appellat, *l.* 8. *de præscr. verb.* Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, *d. l.* 3. *in princ.* sed planius Hesychius, ἐπ' αὐτοφώρῳ, inquit, ὁ φανερὸς κατειλῆφθαι ὁ ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι διῳθὲς ἔτι καὶ ἔχον αὐτό. Usurpatur & deprehensus in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis περὶ τοῦ ἐπ' αὐτοφώρῳ ἁλόντα μοιχόν.

Visus vel deprehensus) Non solum prehensio, sed etiam visio furem manifestum facit, utique cum ad eum comprehendendum accursum est, iisque abjecto furto effugit, *l.* 7. §. 1. & 2. *eod.* Servius in illud Virgilii *Eclog.* 3. *Non ego te vidi?* manifesti, inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi*.

Vel a domino, vel ab alio) Nihil refert, a quo fur deprehendatur, utrum ab eo, cujus res est, an a vicino, aliove quolibet transeunte, *l.* 3. §. 1. *l.* 7. §. *ult. eod.* Itaque quod de procuratore furtum mihi faciente deprehendente proponitur, *l. si quis*, 24. §. 2. *de usur.* id exempli tantum causa prolatum intelligendum est. Neque hac ratione fit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur contra regulam juris, §. 4. & §. *alteri*, 18. *sup. de inut. stipul.* nam deprehensio, cujuscumque ea sit, delictum tantum qualificat.

(3) *Nec manifestum furtum quid sit, &c.*) Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti, tanquam contrarium ex contrarii sui definitione, intelligitur, *l.* 8. *hoc tit.* Sed & aperte illud definitur *vers. proxime præcedent.* ubi Justinianus ait, eum, qui rem pertulit, quo destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum. Quomodo & Jurisconsultus *l.* 5. §. 2. *eod.* idque sic a Paulo explicatur, *l.* 4. *eod.* si eo pertulit, quo destinavit, eo die manere cum eo furto. Quare etsi postero die iterum rem auferat, & dum alio fert deprehendatur, non erit fur manifestus. Belle in hanc sententiam Massurius apud Gellium *lib.* 11. *c.* 18. *Manifestum*, inquit, *furtum est, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum pertractum est, quo ferri cœperat.*

TEXTUS.

De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit; quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto Prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat; merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt: cum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

CONceptum furtum, item oblatum, non tam esse genera furti, quam species actionum furto cohærentes, didicimus §. *præc.* quamvis Paulus 2. *sent.* 31. & Cajus 2. *Inst.* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hic fit mentio, prohibitio scilicet, & non exhibitio.

Furtiva res quæsita & inventa) Is apud quem testibus adhibitis res quæsita & inventa erat, quamvis fur non esset, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc. Concepti*, inquit, *actione is tenetur, apud quem furtum quæsitum & inventum est.* Item, *Concepti is agere potest, qui rem concepit & invenit.*

Propria actio constituta) In triplum, ut testatur Gellius *lib.* 11. *cap.* 18. ubi scribit, ea furta, quæ per lancem & licium concepta essent, perinde ac si manifesta forent, duodecim tabulis vindicata: post vero tripli pœnam ordinario jure constitutam.

Oblatum furtum) Oblati furti is tenebatur, sive fur, sive alius quis, qui rem furtivam alii obtulerat, ne apud se deprehenderetur, atque ita pœnæ turpitudinem effugeret. Hinc ei, apud quem res concepta erat, propria adversus eum qui obtulerat, actio dabatur, quæ dicebatur oblati: cujus vis in triplum item erat, ut testantur Gellius & Paulus iisdem locis.

Prohibiti furti actio) Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud se testibus præsentibus investigari prohibebat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud se quæsitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto. VINN. Furti exhibiti actionem in duplum datam fuisse, docuimus alibi ex Plaut. *Pœnul. Act.* 3. *sc.* 1. *v.* 54. *seq. Act.* 1. *sc.* 1. *v.* 55. *Act.* 3. *sc.* 4. *v.* 27. *sc.* 5. *v.* 39. *sc.* 6. *v.* 15. in quibus locis alii actionem servi corrupti, tanquam ca-

put

put secundum legis Aquiliæ sibi inveniſſe videntur. Vid. Taubn. *ad not. ad h. l.* & adde *Elementa noſtra Juris lib.* 4. §. 1058. HEIN.

In deſuetudinem obierunt) Quatuor ſuperiores actionum ſpecies tempore Juſtiniani dudum obſoleverant, & inde nulla earum mentionem in Pandectis fieri voluit.

Requiſitio rei furtivæ ſecundum veterem obſervationem) Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetuſtiſſima eſt, utpote ex lege duodecim Tabularum, teſte Gellio *d. loc. & lib. cap.* 10. Ex Feſto autem diſcimus, lance & licio apud antiquos dici, quod qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamiliam, aut virginum præſentiam. Quod ſumptum videtur ab inſtitutis Athenienſium. Nam & Plato *lib.* 11. *de legibus*; ſic ſcribit: φορὰν δὲ λέγω τὴν ἐθέλοντος τοῦ παρ' ὁτουοῦν, ἢ χειρῶναξ ἔχων ἀζωστος ἐπὶ τὰ φορὰν. Id eſt, ſi quis furtum apud quempiam venit quærere, is id faciat nudus, aut licium habens, & diſcinctus. Nudi ædes ſuſpectas inibant, amicti tantum ſimplici cincticulo, quod hic veteres licium vocant, ne quid ſorte veſtibus conditum inferrent, dominoque ædium falſum crimen objectare poſſent. Hanc autem furti inveſtigandi rationem jam ſuo tempore ſublatam fuiſſe, refert Gellius *d. c.* 10. ut veriſimile ſit, in locum ejus ſucceſſiſſe, quod hic ſcribit Juſtinianus, ut teſtibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur: quod tamen & ipſum, ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo ſecreta cujuſque hominum nimiæ curioſitati panduntur, poſtea exoleverit. VINN. Plura de ritu furtum per lancem & licium inquirendi nos diximus in *Antiq. Roman. Lib* 4. *hoc tit.* Ingenioſa quoque & erudita ſunt, quæ ex inſtituto de illo diſſeruit Vir Clar. Arb. Willingius in libro ſingulari *de furto per lancem & licium concepto*. Non una utriuſque hypotheſis. Sed quis prohibeat in re tam vetuſta hariolari? HEIN.

Furti nec manifeſti obnoxii ſunt) Quid ſi rei crimini plane convinci non poſſit, adſint autem non levia ſuſceptæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admittetur hodieque ejus rei inquiſitio in ædibus alienis, ſed auctoritate publica, miſſis executoribus juſtitiæ, non eo, cui furtum factum dicitur, Dom. Tulden. *comm. hic cap.* 13. poſt DD. commun.

TEXTUS.

Pœna.

5. *Pœna manifeſti furti quadrupli eſt, tam ex ſervi, quam ex liberi perſona: nec manifeſti, dupli.*

NOTÆ.

5. *Tam ex ſervi, quam ex liberi*) Hoc dicens reſpicit ad pœnam furti manifeſti ex lege 12. Tabularum, qua ſervi e ſaxo præcipitabantur; liberi verberibus cæſi addicebantur ei, cui furtum factum eſſet. Gell. 11. c. 18. Prætores autem id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta diſtinctione inter liberos & ſervos, convenit *cap.* 3. *Exod. & c.* 5. *Deuteron.*

COMMENTARIUS.

1 *Furta varie multata etiam apud Romanos, a Decemviris, a Prætoribus, & n.* 5.

2 *Procedente tempore etiam criminaliter furti agi cœptum, & tandem civiliter agi deſitum.*

3 *Quæ furti pœna ex conſtitutionibus Friderici & Caroli Impp. & quomodo nunc fere fures plectantur?*

4 *Oſtenditur, non pugnare cum juſtitia attributrice, quod fures interdum etiam morte afficiantur.*

Pœna furti nec una apud omnes, nec eadem ſemper apud Romanos fuit. (1) Nam alii pœna pecuniaria tantum; alii flagellatione; alii fuſtigatione; alii effoſſione oculorum, aut alicujus membri amputatione; alii gravius etiam, adeoque morte furta multarunt. Vide Alexand. ab Alexand. 6. *genial. dier.* 10. Bodin. 6. *de rep.* 6. Decemviri fures manifeſtos verberibus affectos in ſervitutem tradi juſſerunt ei, cui furtum factum eſſet, ſervos furti manifeſti prenſos cædi, & e ſaxo præcipitari: furtis autem non manifeſtis tantum pecuniariam pœnam dupli impoſuerunt: quorum in altero ſeveritatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat, in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantum pœna vindicabat, ſecuti videntur. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. Cæterum Prætoribus pœna illa furti manifeſti adhuc nimis acerba viſa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures non manifeſtos intactam reliquerunt. (2) Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi cœptum eſt, & vindictæ publicæ cauſa extraordinaria animadverſione fures coerceri, pœnam ſtatuente judice pro qualitate circumſtantiarum: eaque perſecutio criminis jam tempore mediæ juriſprudentiæ frequentiore in uſu erat, quam actio furti civilis, *l. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Juſtinianus noviſſima ſanctione, qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abſciſſio infligatur; ſed ut aliter fures caſtigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel ſimili, quam conſtitutione ſua non excepit. *Novella* 134. *cap. ult. auth. ſed novo Cod. de ſerv. fugit.* Poſterioribus vero ſæculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ ſunt. Cæterum ſeverius furta vindicari placuit, propter creſcentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda pœnæ antiquæ jam non amplius ſufficere videbantur. (3) Extat Friderici Imperatoris conſtitutio *lib.* 2. *Feud. titul. de pac. ten. & ejus viol.* qua jubet, eum, qui quinque ſolidos aut rem ejuſdem valoris furatus fuerit, laqueo ſuſpendi: eum vero, qui minus furtum commiſerit, ſcopis & ſorcipe excoriari & tundi, ſive ut Hotomannus legit, tonderi, §. *ultim. dict. titul.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur *eod. lib. Feud. tit. de pac. tenend. inter ſubdit.* §. *injuria ſeu furtum*, 1. Quod autem plerique Fridericum loqui putant non de ſimplici furto, ſed ſeditioſo, id eſt, eo, cum quo concurrit & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ vid. Lud. Gomez. *ad* §. *ex maleficiis*, 18. *num.* 3. 4. & 5. *inſt. de act.* Clar. §. *furtum*, *num.* 7. Schneid. *in* §. *ult. hic tit. num.* 6. id vix confutatione dignum videtur. Quid enim commune habet furtum cum violatione pacis? Sed & violatio pacis publicæ per ſe crimen capitale eſt, neque in eo locum habet diſtinctio, quam Fridericus facit. Recentior eſt conſtitutio Caroli V. qua cavetur, ut fures præſertim non manifeſti, neque magnæ rei, & ſemel duntaxat furti convicti, lenius, iterum & tertio convicti, gravius & capite puniantur, habita tamen ratione ſexus, ætatis, &c. *art.* 157. *& ſeqq. conſt. imp. cauſ. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris conſtitutionem mores hodierni fere ſequuntur. Prima enim vice nunc virgis fures cædi ſolent: iterum patrato facinore acrius caſti-

castigantur, atque insuper tergis eorum stigma inuritur, ut hoc sit eis cauterium emendationis vitæ: denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coercitione emendari non potuit, reste finiant. Qui tamen ordo animadversionis nonnunquam mutatur, circumstantiis judicem aliter moventibus. Gomez. *ad dict. §. ex malaficiis*, 18. *n.* 4. Chassan. *ad consuetud. Burg. rubr.* 1. §. 5. *vers. simplex*, *n.* 2. Clar. *dict. §. furtumn.* 12. Covarruv. 2. *resolut.* 9. *n.* 7. & 10. *num.* 2. Damhoud. *prax. crimin. cap.* 110. *num.* 28. *& seq.* Gudelin. 5. *de jur. nov.* 19. (4) Privatis tantum relicta est ejus, quod surreptum est, judicio civili persequendi facultas. Sunt, qui hasce pœnas, præsertim capitalem illam laquei, ut duras nimis & proportionem pœnæ ad delictum longe excedentes, in totum damnant, negantque, justitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus duntaxat externis alteri nocuit, maxime cum etiam lex divina Hebræis per Mosen data non majore pœna, quam pecuniaria fures plecti jubeat, *ex cap.* 22. Verum respondent alii, nos legibus pœnalibus Mosaicis, utpote politicis, non teneri utique quoad gradus pœnarum observandos, quibus delicta corceantur; satis esse si leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur; gradus pœnarum permittendos esse legum conditoribus, quibus proinde fas sit, severius delicta puniri, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantum bonis nocetur, capite plectere, si viderent publice id expedire, neque minore ratione cives a flagitio deterreri posse. Illam vero proportionem, quæ debeat esse culpam inter & pœnam, non spectare absolute, & nude materiam delicti, sed habere respectum ad hunc finem, ut in quieto sit vita communis, & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit pœna, cujus metu cives a delinquendo non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse, quamvis alias per se & ratione damni, quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia pœnæ examussim respondeat materiæ culpæ, hoc est, ut bonum quo pœna privat, neutiquam excedat bonum illud, quo delinquens privavit proximum suum, sed æstimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressione legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere 2. *polit. c. ult.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis sæpe respicere αιρέσ τὸ συμφέρον, id est, ad id, quod publice expedit. Et intellexisse Claudium Saturninum in *l. aut facta*, 16. *in fin. de pœn.* ubi scribit supplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis grassantibus exemplo opus est: in quam sententiam etiam differit: Cæcilius apud Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. ubi ait acerbitatem ulciscendi maleficii plerumque bene atque caute vivendi esse disciplinam, Postremo neque furta quælibet hodie morte puniri, sed ea duntaxat quæ vel enormia sunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ sæpius perpetrata leviori animadversione corrigi non potuere. Covarruv. 2. *resolut.* 9. *n.* 7. Dan. Moll. 1. *semest.* 37. *n.* 5. *& seqq.* Wesemb. *par. de furt. in fin.* late Lud-Molin. *de just. & jur. tom.* 3. *tract. disput.* 2. Parey *in Cod. de furt. n.* 15. *& seqq.* VINN. Frustra ad leges Mosaicas forenses provocatur, ubi alia rei publicæ conditio alios mores postulat. Apud Hebræos rariores erant fures, quia rariores egeni & famelici. Palæstina æqualiter fuerat inter omnes distributa: cuique familiæ agri pars sorte obtigerat, neque ea facile excidere poterant posteri ob jura anni Jubilæi. Accedebat, quod totus populus esset a luxuria alienus, adeoque tenue rerum omnium pretium. In tanta vitæ simplicitate paucos fures. Unde non mirum, leviorem pœnam sufficere visam supremo legislatori ad Israelitas in officio retinendos. Quam diversa rerum publicarum nostrarum conditio, in quibus nec furcæ nec patibula coercendæ furum audaciæ sufficiunt? HEIN.

Tam ex servi, quam ex liberi persona) Respicere videtur ad pœnam furti manifesti ex lege duodecim Tabularum. (5) Nam ea pro conditione personæ ejus, qui furtum fecisset, diversa erat: servi e saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset, ut ex Gellio supra retulimus. At Prætores mutata legis pœna, & pecuniaria quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nullam facta distinctione inter liberos & servos; ut scilicet nomine servi furis manifesti dominum pœnali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem pure & directe, ut homo liber convenitur ex maleficio proprio, sed judicio noxali, *inf. tit. de nox. act.* Quod si quis furti a servo commissi criminaliter agere velit, ipse servus conveniendus est.

TEXTUS.

Quomodo furtum fit? De contrectatione?

6. Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur, sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit; quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.

NOTÆ.

6. In alium usum transferat) Vel etiam alii utendum concedat. Species enim lucri est, ex alieno largiri: & beneficii sibi debitorem acquirere, *dict. l.* 54. §. 1.

Qui in aciem) Cujacio legendum videtur: *Qui in Aricia acceptum equum longius perduxisset*, ex Valerio & Symmacho *dd. loc.* quamquam constans est hæc lectio, *in aciem*. Theoph. ου πρὸς τάξιν.

COMMENTARIUS.

1 *Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur?*

FUrtum fieri intelligitur non tantum si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei interverten-dæ causa: verum etiam si quis id faciat, solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia; adeoque non amovendo tantum, sed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe si quis ex re, quam voluntate domini apud se habet, non ex voluntate domini utatur. In summa, ut Sabinus ait apud Gellium *lib.* 11. *cap.* 18 *Qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur.*

Si creditor pignore, &c.) Pignus non ad utilitatem, sed ad securitatem datur, §. *ult. supr. quib. mod. re contr. oblig.* depositum custodiæ causa, non usus, *tot. tit. depos.* Itaque si creditor pignore, is apud quem res deposita est, ea re utatur, furtum committi intelligitur. Idem est, si commodatarius in alium usum, quam in quem

quem accepit, rem commodatam transferat: & magis idem, si quis pecuniam, quam ad alium perferendam accepit, convertat in usus suos, *l. uni jumenta*, 40. *leg. si pignor*, 54. *l. qui re*, 76. *hoc tit. l.* 7. *Cod eod.* Sed & eum, qui quid utendum accepit, si id alii commodaverit, furti obligari traditum est; nec quem movere debere; quasi hic nihil lucri sui causa faciat: speciem enim lucri esse ex alieno largiri, & beneficii sui debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideo rem amovet, ut alii donet, *dict. leg. si pignore*, 54. §. 1.

Veluti si quis argentum, &c. aut equum gestandi causa) *L.* 5. §. *quinimmo*, 8. *commod. dict. leg.* 40. *hoc tit.* Gell. *lib.* 7. *cap.* 15. Memorabile est, quod refert Val. Max. *lib.* 8. *cap.* 2. & Symmach. 7. *ep.* 69. furti quemdam damnatum esse, quod equo, cujus usus illi usuique Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esse. Quod tamen mihi perquam durum videtur: neque puto, criminaliter ex hujusmodi causis agi potuisse. Sane pœna corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantum locum habet in amotione rei e loco, in quo dominus eam posuerat, non etiam cum alias ignorante domino contrectata est, puta a creditore, aut depositario, pignore aut re deposita utentibus, aut a commodatario excedente præscriptum utendi modum. (1) Excipit D. Tuldenus *comm. hic cap.* 2. fraudem publici tabularii; & merito. Moribus horum temporum creditor aut depositarius re pignorata aut deposita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quam utendam accepit, furti actione, quæ soli fisco nunc competit, non tenentur, sed tantummodo actione civili in id, quod ejus, qui pignori dedit, deposuit, aut commodavit, interest, id factum non esse. Zypæus *nos jur. Belg. de furt. vers. pea.* Autumn. *confer du droit. in l. qui jumentu*, 40. *hoc tit.* Groenevv. *dell. abrog. hic.*

TEXTUS.

De affectu furandi.

7. *Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint; ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere; eumque, si intellexissent, non permissurum; ac si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione: quia furtum sine affectu furandi non committitur.*

NOTÆ.

7. *Sine affectu furandi*) *leg.* 37. *de usuc.* Furtum non committitur χωρὶς κακῆς προθέσεως. Psellus cum facto etiam animum furis exigit, *l.* 41. *ad leg. Aq.* nec tam factum quæritur, quam faciendi causa; *leg.* 29. *eod.* Nam maleficia ex proposito delinquentis æstimantur, *l.* 53. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 Species quædam notabilis.

CUm furtum sine animo & affectu furandi χωρὶς κακῆς προθέσεως non committatur, *leg. furtum*, 37. *de usuc.* neque tam factum quæratur quam faciendi causa, *leg. verum est*, 39. *hoc tit.* recte dictum est, eum, qui putavit se voluntate domini rem attingere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse sive falso id sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit, *leg. inter omnes*, 46. §. *recte*, 7. *eod.*

(1) *Rebus commodatis aliter uterentur*) Idem est, si quis utatur re, quæ utenda quidem data non est, sed custodiæ aut pignoris causa tradita, existimans se id facere domino invito, *leg. qui re*, 76. *eod.* Sed quid dicendum, si quis rem aliquam usus sui causa ex æditibus alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat, se putasse dominum id permissurum fuisse? Equidem si vir sit integræ famæ, & justam causam hujus opinionis habeat, puta quæ mutua amicitia, necessitudine, familiaritate nitatur, dixerim, nec hunc furem habendum esse, cum Joann. Pab. & Aug. *hic* per text. generalem in *dict. leg. inter*, 46. §. *recte*, 7. *hoc tit.* alias suspitione furti & gravi præsumptione onerabitur, *arg. leg. qui vas*, 58. §. 3. *eod.* Nam, ut recte ait Bald. in *leg.* 6. *Cod. de dol.* in his, quæ sunt de genere prohibitorum, semper dolus præsumitur. Quæ sententia etiam communi calculo comprobata est, in *l.* 5. *Cod. de injur.* Et ideone domini quidem attestatio, profitentis consensu sun rem amotam esse, furem liberabit, utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur, nisi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc tunc locum habet, cum furti criminaliter agitur: nam privatam sui juris persecutionem unusquisque remittere potest. Ita post Bart. *in dict. leg. in ea*, 46. §. *recte*, 7. *hoc tit.* & DD. *in l. transigere*, 18. *Cod. de transact.* concludit Gomez. 3. *resol.* 5. *num.* 2.

TEXTUS.

De voluntate domini.

8. *Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum fieri. Unde illud quæsitum est, cum Titius servus Mævii sollicitaverit, ut quasdam res domino furriperet, & ad eum perferret: & servus id ad dominum pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre; utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hoc dubitatione suggestum est, & antiquorum prudentum super hoc altercationes perspiximus, quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo: nos hujusmodi colliditati obviam euntes, per nostram constitutionem sancimus, non solum furti actionem, sed & servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, & ideo non concurrant regulæ, quæ servi corrupti actionem introducunt: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus: ne ejusmodi impunitate & in alium servum, qui facile posset corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur.*

NOTÆ.

8. *Si credat invito, &c. domino autem volente*) Pomponius *l.* 46. *pen. eod.* ait, furtum quidem fieri: sed negat hoc casu furti agi posse: quia dominus in usum consentiens re ipsa fraudatus non est, *arg. l.* 145. *de reg. jur.*

Neque servi corrupti) Quippe qui ei tantum a Prætore proponitur, cujus servus persuasione alterius corruptus est, *l.* 1. *de serv. corrup.* quod hic factum non est.

Per nostram decisionem) *L.* 1. 10. *C. de furt.* ubi vel conatum tam improbum sollicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

Tamquam si in re ipsa, &c. corruptus) Si autem servus

vus re ipsa corruptus fuisset, in duplum, quanti ea res est, in corruptionem judicium daretur, *l. 1. de serv. corrup.*

COMMENTARIUS.

1 *Eum, qui rem alienam, licet insuper lubente domino, fraudulenter contrectas, revera furtum facere: furti tamen non obligari.*

2 *Cur dubitatum utrum sollicitator servo in hypothesi proposita actione furti aut servi corrupti teneatur? necne?*

QUod hic ait Justinianus, furtum non fieri, etiamsi quis credat se rem invito domino attrectare, cum id faciat domino volente, id non de facto ipso, sed de pœna facta accipiendum est, videlicet in proposito non eo effectu furtum committi, ut is, qui contrectavit, pœnali actione furti teneatur. (1) Neque enim negari potest, quin revera furtum faciat, & peccato conscientiam obstringat, qui rem alienam lucri sui causa fraudulenter contrectat, etiamsi illo ignorante dominus id insuper habeat, quod & Pomponius fatetur *l. inter, 46. §. pen. h. t.* Caterum negat eum hoc casu furti obligari, id est, furti cum eo agi in foro civili posse: quoniam dominus, qui cum uti voluerit, etiam id fur ignoret, re ipsa fraudatus non sit, *arg. leg. nemo, 145. de reg. jur.* Sunt vero & alii casus, quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de causis a magistratu denegatur, vid. *l. 1. in fin. rer. annot. l. servi, 17. l. si libertus, 89. hoc tit. §. hi qui, 12. infr. eod.*

Unde illud quæsitum, &c.) Quoniam placet, furti obligari eum, qui rem alienam contrectat, si id faciat domino volente, licet hoc ipse ignoret, quæritum inde est, an furti teneatur, qui servum alienum sollicitavit, ut res aliquas domino furriperet, & ad se perferret, si dominus per servum ejus rei certior factus permiserit servo res quasdam ad sollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehendat. Quibusnam visum est furti actionem non magis hoc casu competere, quam superiore: quia cui volenti furtum factum est, furti agere non potest. (2) Aliis vero contra, quoniam voluntas ista non seria fuit, sed simulata, ut fur deprehendatur. Simul illud quoque quæsitum, an suasor iste seu sollicitator in proposita hypothesi teneatur actione servi corrupti, quæ in duplum quanti ea res est, a Prætore proponitur adversus eum, cujus persuasione servus corruptus aut deterior factus est, *leg. 1. de serv. corrupt.* Veteribus placuit non teneri, quia Prætor de eo tantum loquitur, a quo servus persuasus & corruptus est, in proposito autem suasisse quidem sollicitatorem, pravumque consilium servo dedisse, aut non persuasisse & fecisse deteriorem: proinde nec esse quod hic æstimari & duplari possit. Caterum Justinianus *leg. si quis, 20. Cod. hoc tit.* non attenta disputatione veterum in censuit, vel conatum tam improbum sollicitatoris puniendum esse, proque furto & corruptione habendum: nam etsi is conatus revera effectum non habuit, habuisse tamen opinione pernicioso suasoris, atque esse rem pessimi exempli; ut *hic & dict. l. 20.* latius differit. Quantum igitur hoc casu judicio servi corrupti postulabitur? Quantum scilicet deberetur, si revera servus corruptus fuisset.

TEXTUS.

Quarum rerum furtum sit? De liberis hominibus.

9. *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.*

COMMENTARIUS.

SI filiusfamilias subreptus sit, palam est, patrem habere furti actionem, inquit Ulpianus *leg. 14. §. si filiusfam. hoc tit.* Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium sumenda est, quod filius instar servi in patris manu, potestate sunt, vindicari potuerint, hac adjecta clausula, *Ex leg. Quiritium, l. 1. §. 2. de rei vind.* Ob furtum igitur filiifam. tripliciter agi poterit. Judicio criminali extra ordinem, *l. ult. hoc tit.* judicio publico legis Fabiæ de plagiariis, *l. ult. C. ad leg. Fab. de plag.* & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest, *l. 1. §. sed cum, 5. de his qui effud.* multiplicabitur hic secundum Interpp. id quod patris intererit. Mater filii surrepti actionem non habet, quia nec in potestate eum habet, *l. mater, 38. de furt.* Sed nec patri datur condictio, utpote quæ non nisi vero domino competit, *l. 38. §. 1. eod.* VINN. At quis negaverit, patrem jure Rom. fuisse verum liberorum dominum, cum & vindicare eos & dominium Quiritarium mancipatione in alios transferre potuerit? Et cedo, qui minus pater erat filiifam. dominus quam tutor rei pupillaris, vel b. f. possessor, quibus tamen condictionem dari patet ex *l. 56. §. pen. ff. de furt. l. 136. ff. de R. S.* Ratio itaque est, quia promptius patri erat remedium ex interdicto, *de liberis exhibendis & ducendis.* Aut enim in furis manu erat filius susceptus, aut non erat. Si erat, cur maluisset pater condicere, quam vel ducere, vel ad exhibendum agere? Si non erat, frustra egisset ad præstandam æstimationem, quam liber homo non recipit. HEIN.

TEXTUS.

De re propria.

10. *Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit; veluti si debitorem, quem creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.*

NOTÆ.

10. *Quam creditoris pignori causa*) *Leg. 12. §. 2. dict. leg. 19. §. penult. l. 79. de furt.* Minus autem proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertit. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. *2. sent. 31.* Aristot. *5. Eth. ult.*

COMMENTARIUS.

QUi rem pignori dat, eamque surripit, furti actione creditori tenetur, *l. itaque, 12. §. 2. l. in actione, 19. §. pen. l. si debitor, 79. l. creditor, 8. h. t.* Furtum autem rei pignoratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert; verum & si eo tempore abstuleric, quo non possidebat, ut puta si rem pignoratam vendidit: nam & hic furtum eum facere, sæpissime responsum est, *d. l. in actione, 19. §. ult. l. si is qui, 66. in pr. eod. l. 6. C. pro empt.* Caterum minus proprie hic dicitur debitor res suæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertere conatur. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. Paul. *2. sent. 21.* Arist. *5. Eth. ult.* Neque hæc species ad rigorem nostri temporis pertinet.

TEX-

TEXTUS.

Qui tenetur furti. De eo cujus ope, consilio, furtum factum est.

11. *Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit; qualis est is, cujus ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam & non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supposuit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalis, aut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus rei gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.*

NOTÆ.

11. *Ut alius eos raperet.*) Dummodo & rapuerit: nam si nummi perierint, & ad neminem pervenerint, damni injuriæ actio datur, *dict. l. 37. §. 21. ad leg. Aquil.*

In factum actio dari debet.) *D. l. 50. §. ult.* prætoria scil. aut si pecora præcipitata sunt, in factum civilis, sive utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aquil., l. 51. de furt.*

Vel ipsas fenestras, &c.) *L. 50. §. pen. l. 54. §. penul. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Verba, ope, consilio, separatimne accipienda, an conjunctim?*
2. *Explicatur homonymia verbi* consilium, *& effectus secundum singula significata indicantur; & n. 3.*

NOnnumquam & ille furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, id est, rem ipse non contrectavit: veluti is, cujus ope, consilio, furtum factum est; in quem prodita est hæc formula, *ope, consilio tuo, furtum factum esse ajo, l. si servus 27. §. si quis, 21. ad leg. Aquil* (1). Illud satis, expeditum non est, verba hæc, *ope, consilio*, separatim accipienda sint, an conjunctim. Nam Paulus respondet, separatim accipienda, idque convenienter sententiæ Labeonis, quod aliud factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit, *l. sæpe, 33. §. ult. de verb. sign.* Idem quoque Ulpianus non obscure indicat, *l. si quis, 52. in princ. §. neque verba, 19. hoc tit.* ibi, *opem ferre, vel consilium dare*, & clarius in *l. 6. de cond. furt.* qui etiam alibi hæc sic distinguit: *Consilium*, inquit, *dare videtur, qui persuadet & impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui ministerium atque adjutorium ad furripendas res præbet, l. in furti, 40. §. pen. hoc tit.* Secundum quæ actione furti tenebitur non solum cujus ope & consilio simul furtum factum est; sed etiam is, qui vel consilium tantum dedit, vel tantum opem tulit, *d. l. 6. de cond. furt.* Verum ex adverso conjunctim potius utrumque factum accipiendum esse, neque alterum absque altero furti quempiam obstringere, multis locis significari videtur, uti in *l. qui servo, 36. in fin. pr. de furt.*, 50. §. 1. *hoc tit. l. si servus, 27. §. si quis, 21. ad leg. Aquil.* atque ipse adeo Paulus in *d. l. sæpe, 53. §. ult. de verb. sign.* cum ait: post veterum auctoritatem eo perventum esse, *ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi & factum secutum fuerit.* Denique hoc ipso loco in calce §. nostri, ait Imperator; furti non teneri eum, qui tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum. Sic sentio, utrumque factum seorsum ad obligationem furti sufficere, vel inquam consilium dare, vel opem ferre: neque enim ex eo, quod hæc verba, ope, consilio, sæpe conjunctim proponantur, aut in hypothesi utrumque factum concurrit, protinus sequitur, furti non aliter agi posse quam si utrumque concurrat: neque ea aut Pauli in *dict. l. sæpe, 53.* aut Justiniani hoc §. sententia est, ut planum fiet explicata homonymia, quæ est in verbo *consilium*. Triplex vero hujus verbi hic proposita usurpatio est. (2) Nam aliquando generaliter verbo consilii significatur malitiosum propositum, seu animus dolosus: quo sensu nemo dici potest ope furtum facere sine consilio, *l. in furti, 50. §. 2. leg. si pignore 34. §. penult. hoc tit.* ver. gr., qui furi scalam commodavit, ignorans cujus rei gratia commodato peteretur, furti non tenetur: atque hoc est, quod sibi vult Jurisconsultus *dict. leg. sæpe, l. 3. in fin. de verb. sign.* Nonnumquam consilium usurpatur pro simplici suasione seu monitione, veluti si quis de paupertate conquerentem hortetur, ut furto sibi pecuniam quærat: cujusmodi simplex consilium furti neminem obligat, quantumvis furtum secutum sit; quod significat Justinianus in fine hujus text. Tertio consilium strictius accipitur, ut sit idem, quod persuasio, impulsio, simulque instructio ad furtum faciendum; quale est, exempli causa, si quis furi rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia reposita est, commonstret: in quo significatu consilium opponitur operæ, quæ actum proxime ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipso furto præstatur, designat, *dict. leg. in furti, 50. §. pen.* Hæc consilii species, etsi nullum porro ministerium seu opera accedat, consulentem obligat: utique si alter consilium datum secutus furtum commiserit: nam si ille relicto consilio a furto abstinuerit, verius est, nec eum, qui tale consilium dedit, furti obstringi, *arg. l. qui servo, 36. princ. l. si quis, 52. §. neque, 19. hoc tit. d. leg. sæpe, 53. §. 1. in fin. de verb. sign.* quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primum voce consilii intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in *princ. ejusd. §. 1.*

Qui tibi nummos excussit, &c.) *L. si quis, 52. §. si quis, 13. hoc tit.* Sabinus hoc casu etiam in factum dari posse actionem ait, *l. si servus, 27. §. si qui., 21. ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib. 11. cap. 13.* refert, furem esse hominis judicatum, qui cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ, tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obtexisset.

Qui panno rubro) *L. in furti, 50. §. ult. hoc tit.* Tauros & boves rubicundi coloris aspectu excitari & furorem eis acui, scribit Seneca *lib. 3. de ira cap. 30.* Ovid. 12. *Metam.* eoque alludit Cicero *lib. 2. de Divin. cap. 16.* cum quærit an taurus is, cujus cor in sacrificio non erat inventum, conspecta Cæsaris purpura sic expaverit, & terrore exanimatus sit, ut repente cor amiserit?

Per lasciviam) Si quis non furti faciendi causa, sed per petulantiam quid eorum, quæ dicta sunt, fecerit, non

non actione furti, sed in factum tenetur, *d. l. in furti, 56. §. ult.* Quod si res ita perierit, ne ad aliquem perveniret, utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia datur: neque hic distinguitur, furti faciendi animo, an per lasciviam quid factum fuerit, *leg. si servus, 27. §. si quis, 21. ad leg. Aquil. l. nam. & 51. hoc tit.*

Qui scalas fenestris supposuit) Qui vel ostium effregerit, vel ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium; vel scalam supposuerit, vel scieus commodaverit ad ascendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenerur, *leg. si pignore, 54. §. pen. hoc tit.* VION. Si ergo furti tenetur, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum interveuerit; manifestum sane est, non conjunctim opem & consilium in jure nostro requiri, sed alterutrum sufficere ad instituendam actionem furti. Vid. Em. Merill. *Obs.* 11. 39. Bachov. *ad Treutlerum. Vol. 2. disp. 30. p. 315. sequ.* Concidunt itaque quæ in contrarium adferunt Jul. Pac. *Paratitlo.* IV. 25. Donell. *Comm. FF.* 29. HEIN.

Tantum consilium dedit atque hortatus est) Quod antea diximus, ob simplex consilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiamsi furtum secutum fuerit, id verum esse, perspicue ostendit hic noster textus; quem proinde male nonnulli sic limitant, nisi furtum fuerit secutum: nam si furtum secutum non sit, nec is, qui furem consilio instruxit, aut instrumenta ad furtum faciendum sciens commodavit, furti tenetur: quippe ubi nulla contrectatio intervenit, furtum intelligi non potest. Hodie in universum mitius, quam fures, puniuntur, quorum ope, consilio, furtum factum est. Neque enim in caput aut corpus eorum sævitur, nisi in ipso actu furandi auxilium furibus præstiterint, ut hic docent Interpretes.

TEXTUS.

De his, qui sunt in potestate. Et de ope ac consilio extranei.

12. *Hi, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope & consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur: quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse.*

NOTÆ.

12. *Sed furti actio non nascitur*) Quia pater & dominus privatæ animadversionis jus habent, *l. 17. de furt.* vel quia non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possumus, *l. 16. eod.* nisi filius habeat castrense peculium, *l. 14. de judic. l. 52. §. 5. de furt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur servi & filii furtum nobis facientes furti non teneantur?*
2 *Quid si filius castrense peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi?*
3 *Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna.*

(1) SErvi & filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex affertur ratio: tum quod dominus & pater in servum & filium privatæ animadversionis jus habent, *l. servi, 17. hoc tit.* qua eadem ratione placet, nec libertum patrono, nec mercenarium patrif. furtum facientes actione furti convenire posse, *l. si libertus, 89. eod.* tum quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possumus, *l. nec cum, 16. eod.* Et domino quidem nulla unquam cum servo actio esse potest; at potest aliquando patris lis esse cum filio, quem in potestate habet, nempe si filius castrense habeat peculium, atque ex ea causa conveniatur, *l. 4. de judic.* (2) Quid ergo si filius castrense peculium habens furtum patri fecerit? Defendi potest, utili actione eum teneri, cum habeat: unde satisfaciat, *l. si quis, 42. §. sed qui, 5. hoc tit.* Ex converso quoque si pater rem castrensis peculii filii subtraxerit, furti patrem teneri, responsum est, *d. l. 52. §. an autem, 5.* quod tamen, ut recte plerique monent, accipiendum erit de utili in factum actione: neque enim ulla actio famosa, qualis est furti, filio adversus patrem datur, *l. 5. de obseq. par. præst.* VINN. Sed quæ ratio adversus libertos, clientes, mercenarios furti agere vetuit? Non satisfacit sane, quod affert Vinnius, patronum habuisse jus coercendi. Nam nec id expeditum est, & saltim, quoad clientes & mercenarios, falsissimum. Ratio itaque unice in eo quærenda videtur, quod hujusmodi furtum esset domesticum, adeoque mitius videretur puniendum, *l. 11. §. 1. ff. de pæn.* Quamvis vero ea lex de criminali persecutione loquatur, eadem tamen ratio etiam vetare potuit, quo minus famosa actione pulsari potuerint. Sufficit ergo & hic actio in factum. HEIN.

Si vero ope & consilio) *L. qui servo, 36. §. 1. h. t.* Et hoc quoque consequens est ei, quod dixit vere in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur, etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, *d. l. si quis, 52. pr.* junct. *leg. 1. & 2. de Act. rer. amot.* Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem pœnam, quam aliam mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi, tamen leges, præsertim si viliora sunt, publice ea vindicari vetant, *leg. perspiciendum, 11. §. 1. de pæn.* nimirum quoniam antiquitus coercitio eorum permissa erat ipsi patrisfam. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab usu recessit: non minus severe hæc, quam cætera furta publice nunc vindicanda censeo cum D. Tuldeno *comm. hic cap. 3. in fin.* add. Groenevv. *leg. abrog. hic.*

TEXTUS.

Quibus datur actio furti?

13. *Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus interfit rem non perire.*

COMMENTARIUS.

1 *Temperatio regulæ a Justiniano hic traditæ.*
2 *Remotio eorum, quæ huic loco obstare videntur.*

(1) DOcet hic Justinianus, cui competat actio furti & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus quorum interest, furtum factum non esse; mox quasi hoc amplians subjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est, denique nec ipsi domino aliter furti actionem com-

competère, quam si ejus interfit rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si interfit ex honesta causa, *l.* 10. *cum seq. h. t.* Neque enim furi aut malæ fidei possessori, quamvis eorum interfit rem non furripi, actio furti datur; cum nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat, *l. itaque*, 1. §. *l. eum qui*, 14. §. 3. *& 4. qui re*, 76. §. 1. *eod.* Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest: *l. qui vas*, 48. §. *si ego*, 4. *eod.* Illud in universum hic tenendum, sufficere ad actionem furti, quod tunc interfuit, cum furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius interfit, ut docet Juriscons. *l. inter omnes*, 46. *in princ. eod.* (2) Quod vero addit Justinian., *licet dominus non sit*, ei multa obstare videntur. Primum quod emptori, cui res nondum tradita est, actio furti denegatur solum ob hoc, quod dominus non est, §. 3. *de empt. d. l.* 14. *in princ.* junct. *l. si vendidero*, 80. *hoc tit.* cum tamen constet, emptoris etiam hic interesse, quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita sit, omne damnum pertineat, *d.* §. 3. *de empt.* Deinde etsi creditoris interest habere idoneum debitorem, scribit tamen Cajus, creditorem ob rem debitoris surreptam furti agere non posse, quamvis aliunde creditum servare nequeat, *l. interd.*, 46. *hoc tit.* Denique traditum est, nec eum, cui ex stipulatu vel testamento res aliqua debetur, ea surrepta actionem furti habere, quamvis ejus interfit, *l. is cujus*, 85. *in fin. eod.* Cæterum ad hæc respondemus, quod dicitur actionem furti dari iis, quorum interest, etsi domini non sunt, id non pertinere ad omnes, quorum quolibet modo interest, rem salvam esse, aut non furripi; sed ad eos duntaxat, quorum culpa res surrepta est, cum eam ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, *d. l.* 14. §. *an pater*, 10. *& multi seqq. hoc tit.* Atque hoc perspicue etiam docet Paulus *d. l. is cujus*, 85. *in pr. eod.* Postremo quod Justin. ait, nec domino actionem furti competere, nisi interfit rem non perire, in eo respicit ad casus jam dictos, & qui tractantur §§. *proxime seqq.* quibus scilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejusve æstimationem consequendam adversus alios habet. Nam extra hujusmodi casus solum dominium vicem obtinet ejus, quod interest, ut ostendit *l. si vendidero*, 80. *pr. hoc tit.* ubi venditori, re ante traditionem surrepta, actionem furti competere Papinian. scribit, quoniam ejus interfit duplici de causa, vel ideo, quod adhuc dominus est, vel quia ad præstandas actiones tenetur. VINN. Regula haud paulo accurate dari videtur in *l.* 71. *fin. ff. de furt. Interesse ejus videtur, qui damnum passurus, non ejus, qui lucrum facturus est.* Casus a Vinnio huc non pertinent, quia emptor, creditor, legatarius rem furto ablatam ne naturaliter quidem possederunt HEIN.

TEXTUS.

De pignore surrepto creditori.

14. *Unde constat, creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere: adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.*

NOTÆ.

14. *Pignori potius incumbere*) *Leg.* 25. *de reg. jur.* Unde etiam creditori actio furti competit, etiamsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l.* 12. §. *ult.* adeoque licet ipse debitor rem surripuerit, §. 10. *sup. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus de causis creditori in proposito actio furti detur; & quid interfit, adversus dominum, an extraneum experiatur?*

IN numero eorum, quorum interest rem non surripi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis non sint domini, in primis creditor est: non quidem si surrepta sit res quævis debitoris, sed si ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, *l. itaque*, 12. §. *ult. l. eum qui*, 14. §. 5. *& 6.* & §. *qualis*, 16. *l. in actione*, 19. §. *pen. & ult. l. interdum* 49. *hoc tit.* (1) Duplici vero respectu ac ratione hic interest creditoris, actione furti ei datur: tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pignoratitia, *dict. leg. eum, qui*, 14. §. *idem scribit*, 6. tum quia etiam culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest: quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quam in personam agere, juxta *leg. plus cautionis*, 25. *de reg. jur.* Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *dict. l. itaque*, 12. §. *ult.* eoque amplius licet ipse debitor rem surripuerit; de quo dictum *supr.* §. *aliquando*, 10. Quamvis autem in proposito creditori æque adversus dominum atque extraneum actio furti detur; tamen hoc interest, quod creditori contra extraneum agenti duplatur æstimatio ipsius pignoris: agenti vero contra dominum summa pecuniæ debitæ cum usuris, *l. creditori*, 87. *eod.* Item quod priore casu quicquid percepit creditor, debito imputare, & quod excedit, restituere teneatur: posteriore, quod ipse debito furti actione præstitit, creditoris lucro cedat, *leg. si pign. act. l.* 12. §. 1. *de distr. pign. leg. creditor*, 15. *princ. hoc tit.*

TEXTUS.

De re fulloni, vel sarcinatori, vel bon. fid. emptori surrepta.

15. *Item si fullo polliendа curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus: quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bona fidei emptori surrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni vero & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio: quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est & si parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.*

COMMENTARIUS.

1 *Discrimen circa actionem furti inter fullonem & cæteros conductores, item creditorem.*

2 *Cur bonæ fidei emptoris duntaxat hic fiat mentio?*

(1) ETiam is, qui conduxit, furti actionem habet, sed ita, si culpa ejus res surrepta sit, *l. eum qui*, 14. §. *quod si*, 12. *hoc tit.* nam tunc etiam conductoris inte-

interest rem non surripi, propterea quod judicio locati restituere cogitur, quod actione furti consecutus est *l. 6. locat.* At si sine culpa conductori res surripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solius interest, actione locati eo casu deficiente, *d. l. eum qui*, 14. §. *idem scribit*, 6. Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, §. *seq. l. itaque*, 12. *pr. eod.* id est, fullo furti actionem habet, etiam si sine culpa ejus res furto amissa sit, modo ne casu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores, levem tantum culpam præstat, sed ut illi, qui opera offerunt etiam levissimam, seu ut nostri loquuntur, & culpam & diligentiam. De sartore idem habendum: repete quæ notavimus *supr. ad* §. *pen. de locat.*

(2) *Bonæ fidei emptori surreptare, quam emerit*) Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequam res tradita est, furti actio emptori non competit, *d. l.* 14. *pr. hoc tit.* Consulto autem bonæ fidei emptoris tantum hic fit mentio: quoniam ei, qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari: cum non ejus, qui lucrum facturus, sed qui damnum passurus est, interesse videatur, *l. ejus rei*, 71. §. 1. *eod.* Hinc igitur temperanda *d. l. itaque*, 2. §. 1. *hoc tit.*

Omnino competit) In aliis est, *omnimodo*, nempe sive solvendo sit bonæ fidei emptor, sive non sit. Cujac. nam emptoris semper interest propter pretium, quod ei abest. In fullone autem & sartore id secus esse mox docetur. Quanta igitur hic æstimatio facienda? Respondsum est, si dominus cum bonæ fidei emptore concurrat; emptori duplo, quanti ejus interest, æstimari, domino autem duplo, quanti res est, *l. furtivam*, 74. *hoc tit.* Putarem autem, non concurrente domino, emptori ipsius pretium rei duplari.

Nam aliter, quam si solvendo) Fulloni & sarcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quam si solvendo sint. Nam ut Ulpianus ait, qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil est, *d. l. itaque*, 12. *eod.* Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest, *l. solvendo*, 134. *de verb. signif.*

TEXTUS.

De re commodata.

16. *Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoque, qui commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat: sive furti adversus eum, qui rem surripuit; & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem: sed si quidem furem elegerit illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem; eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem. Ita tamen, si dominus sciens rem esse surreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius & dubitans rem esse surreptam, apud eum commodati actionem instituerit, postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire, tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus constitutus novis adversus eum, qui rem utendam accepit; commodati actionem; nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etiam omnino furem a domino quidem furti actione liberari: suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: cum manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignarus rem esse surreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transierit omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.*

NOTÆ.

16. *In nostris decisionibus*) Scriptæ sunt a Justiniano post priorem codicis editionem 50. leges quas decisiones appellavit, propterea quod maximas quasque veterum controversias dirimunt. Harum una est, quam hic significat, *leg. ult. C. de furt.* cujus hæc est summa. Dat in proposito Justinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

Rem esse surreptam, &c.) Cujac. *rem non esse subreptam apud eum, commodati actionem, &c.* & ita legitur in *d. l. ult.*

Quemcumque exitum dominus habuerit) Id est, sive contra furem agens vicerit, sive victus sit, aut fur non fuerit solvendo. Theoph.

COMMENTARIUS.

HOC admisso, furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ sunt, etiam commodatario surrepta re commodata eadem actio danda fuit, quippe ad quem periculum illud vel magis pertinet, quam ad creditorem pignoratitium aut simplicem conductorem; cum hic culpam duntaxat levem, ille etiam levissimam præstet, *l. 5. §. 2. comm. §. 2. supr. quib. mod. re contr. oblig.* unde commodatarius in eadem causa cum fullone hic ponitur. Atque hoc etiam constanter a veteribus traditum est, *dict. l. 5. in fin. & 2. leg. seqq. comm. l. eum, qui*, 14. §. *si res*, 14. *cum* §§. *seqq. hoc tit. l. si uxori*, 28. *rer. amot.* quod tamen ab iis sic acceptum fuit, si commodatarius solvendo esset, *arg. l. itaque*, 12. *princ. hoc tit.* Justiniano autem visum est, non debere commodatario, qui gratuitum usum habet, idem jus hic concedi, quod illis tribuitur, qui pro usu rei mercedem præstant, aut pro mercede operam. Cumque inter veteres non satis conveniret, an si furti tempore commodatarius solvendo esset, postea vero fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, necne; tum etiam utri danda foret actio, domino ne, an commodatario, si hic ex parte tantum solvendo esse comperiretur; hanc simul contentionem sustulit. Itaque optionem actionis dedit domino, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere posset. Cæterum electione semel facta, non liceret variare, nisi ex causa ignorantiæ; idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodatius liberaretur; commodatario electo huic ut fur obnoxius fieret, *leg. ult. C. hoc tit.*

TEX-

TEXTUS.

De re depositâ.

17. *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei surrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id cujus interest rem salvam esse furti agere non potest; sed furti actio domino competit.*

NOTÆ.

17. *Furti agere non potest*) Nisi convenerit, ut culpam quoque præstet, §. *pen. tit. seq.* aut se deposito obtulerit, *arg. l.* 1. §. 35. *depos.*

COMMENTARIUS.

1 *Probatur D. Cujacii interpunctio l.* 1. §. 23. & 24. *vi bon. rapt.*

RE deposita surrepta, placet domino, non depositario, actionem furti dari, *leg. eum, qui,* 14. §. 3. *hoc tit.* Et merito placet: neque enim interest depositarii, rem non surripi, qui præter fidem nihil præstat, §. *pen. supr. quib. mod. re contr. oblig.* Quod si dolo ejus furtum factum sit; jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet; quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur, *l. itaque,* 12. §. 1. *d. leg. eum qui,* 14. §. 3. *hoc tit.* (1) Quid vero si convenerit, ut culpam quoque præstet? aut quid si depositio se obtulit, pretiumve depositionis, quasi honorarium, acceperit? Ratio juris postulare videtur, ut hic ipsi depositario actionem furti demus, eo quod his casibus rem suo periculo tenet, *d. l. enm qui,* 14. §. *qualis,* 16. *eod. furti,* 13. *supr. eod.* cumque id etiam satis manifeste evincat §. *pen. tit. seq.* omnino verum esse existimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulpian. *in d. l.* 2. §. *general.,* 13. & *seq.* 24. *vi bon. rap.* mendosum esse; nimirum perperam principium *d.* §. 24. separari a fine §. præcedentis, cum quo jungendum erat, & sic legendum: *Nam & furti actionem habeo, si in re depositâ culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi:* hinc demum novum §. inchoandum: *Utilius dicendum est, &c.*

TEXTUS.

An impubes furti teneatur?

18. *In summa sciendum est, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligare eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex impuberibus solos pubertati proximos delicti & pœnæ capaces esse.*

2 *Quæ concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto sustineant?*

3 *Capite plectendos non esse, nec legibus de adulteriis teneri.*

QUod hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est. Et quoniam maleficia ex voluntate & proposito delinquendi æstimantur, *l. qui injuriæ,* 53. *hoc tit, cap. illud relatum,* 15. *q.* 1. non possunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii esse debent infantes. *l. impuberum* 23. *hoc titul. l.* 5. §. *penult. ad leg. Aquil. l. infans* 12. *ad leg. Cornel. de sicar. Clement. un. de homicid.* Sed nec infantiæ proximi: quippe quos non minus, quam infantes, innocentia consilii tueri debet, *argum.* §. *pupillus* 9. *sup. de inut. stip.* Gomez. 3. *resol.* 1. *n.* 57. quod certius apparebit ex sequentibus. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpa cadere potest, ita & impuberes, qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & ad pœnam ex delictis obligantur, *hoc text. l. pupillum* 111. *de reg. jur. l. impubere* 13. *hoc titul. l.* 2. §. 19. *vi bonorum rapt. l.* 5. §. *penult. ad leg. Aquil. l. excipiuntur* 14. *de Senat. Silan.* 3. §. 1. *de sepulcr. viol. cap.* 1. §. *de delict. puer.* (2) Duo vero hæc concurrere debent, ut impuberes infantiam egressi ex delicto pœnam sustineant; ut non procul absint a pubertate; ut doli sint capaces: nam hoc ex illo non præsumitur, ut recte docet Boer. *in add. ad Decium in l. fere* 108. *de reg. jur.* Atque huc accommodari potest locus Apuleji *Apologia* 2. ubi in hujusmodi pueros his declamat: *Sed enim malitia præcoci puerum quis non aversetur atque oderit? cum videat velut monstrum quoddam prius robustum scelere quam tempore, ante nocentem quam potentem, viridi puericia, canus malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia perniciosius est: & nondum pœnæ, jam injuriæ sufficit.* Sed & delictum tale esse debet, quod in facto, non in omissione aut nuda negligentia consistat; *l. Cod. adv. del.* Gomez. *dict. resol. n.* 59. item quod jus commune seu naturale violet non merum civile aut positivum, *cap.* 2. *de del. puer.* (3) Postremo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiserit, plectendum non esse, sed mitiore, quæ intra supplicium mortis consistat, censent Interpretes, Gomez. *dict. loc. n.* 63. quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non nisi in emendationem puniri debere, ac proinde etiam sine amputatione membri. Clar. §. *ult. quæst.* 60. quamquam alii judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiserim, per *l. auxilium* 37. §. 1. *de minor.* Gomez. *loc. num.* 62. & *seqq.* Illud generaliter tenendum, impuberem, quantumvis pubertati proximum, non teneri legibus, quæ adulteria aut stupra, aliave carnis delicta puniunt, *l. si minor* 36. *ad leg. Julium de adult.* Gomez. *de resolut. num.* 59. ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter constituerunt *cap. de despos. impuber.* id transferendum non esse ad exacerbandas pœnas juris civilis. Add. D. Tulden. *in C. si adv. del* & *comm. hic* §. 6.

TEXTUS.

Qui veniat in hanc actionem? Et de affinibus actionibus.

19. *Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possideat, sive alius quilibet. Condictio autem adversus furem ipsum, hæredemve ejus, licet non possideat, competit.*

NOTÆ.

19. *Tantum ad pœnæ persecutionem*) §. 18. *infr. de act. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Potest & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furi impingendam, *l. ult. de furt.*

Furem hæredemve ejus) Quia condictio furtiva rei habet persecutionem, *l. 7. §. 2. de cond. furt.* At furti actio in hæredem non datur, quia pœnalis ex maleficio: cujusmodi actiones in hæredem non dantur, nisi lis cum defuncto contestata fuerit, §. 1. *infr. de perp. & temp. act.*

COMMENTARIUS.

1 *An furti actio civilis concurrat cum criminali?*
2 *Vindicatio & condictio rei furtivæ cur soli domino competant?*
3 *Adversus quos hæ actiones dentur?*
4 *Cur condictio in hæredem detur, cum actio furti non detur?*
5 *An hæres condictione furtiva teneatur in solidum?*

ACtio furti manifesti, sive nec manifesti mere pœnalis, id est, solius pœnæ persecutionem continet, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, §. *ex maleficiis* 18. *inf. de act.* Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio, & condictio, quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus salva est furti actio, *l. si pignore* 54. §. *cum furti* 3. *hoc tit. l. 7.* §. 1. *de condict. furt.* Illud quæritur, an is, qui furti civiliter egit, & pœnam consecutus est, possit adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furi infligendam? Et verius est, non posse, sed altero judicio alterum consumi, *leg. unic. Cod. quand. civil. act. crim. præjud.* Nam regula *d. leg. unic.* pertinet ad actiones civiles rei persecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica judicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus, vid. Cujac. 20. *observat.* 26. Besold. *ad tit. de furt. quæst.* 7. diff. Gomez 3. *resol.* 5. *l.* 4. add. Christin. *vol.* 4. *decis.* 201. Illud certum est, pœnam corporalem non impedire, quominus fur hæresve ejus ad rem restituendam efficaciter conveniri possint. Besold. *q.* 7.

(2) *Habet dominus*) Furti actio datur omnibus, quorum interest furtum factum non esse, §. *furti* 13. *inst.* At rei furtivæ persecutio soli domino competit, sive de vindicta quæratur, sive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure domini duntaxat datur, *d. §. ex maleficiis* 18. *inf. de action. l. 1. l. 10. §. ult. de condict. furt.* Quod solus dominus rem surreptam vindicare potest, mirum non est, cum nemo actionem in rem habeat, nisi qui dominus sit, *leg. in rem* 23. *de rei vind. leg. act.* 25. *de oblig. & act.* §. 1. *infr. de act.* Quod autem domino adversus furem datur etiam condictio rei, id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest, *l. ult. in fin. usuf. quem cav.* §. *itaque* 15. *inf. de actionib.* Sed cur non datur ei, cujus interest, etsi dominus non sit? Quoniam ejus solius est rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, nisi domini. VINN. Datur tamen condictio furtiva etiam bonæ fidei possessori, *leg.* 130. *ff. de jur. jurand.* tutori si pupillo quid surreptum, *leg. 56. §. penul. ff. de furt.* & denique fructuario perceptis jam fructibus, *leg. 2. §. 51 ff. de usufr.* HEIN.

Rei vindicatio adversus possessorem) Quamcumque, sive fur sit, qui possideat, sive alius: nam in rem actio semper adversus eum est, qui rem possidet, *l. actionum* 23. *de obligat. & action. §. 1. infr. de action.*

Adversus furem) Condictione furtiva nunquam alius tenetur, quam fur ipse hæresve ejus, *hoc text. l. 5. de cond. furt.* Furem autem verum accipimus, id est, eum, qui ipse furtum fecit & rem contrectavit, *d. l. 5.* nam is, cujus ope consiliove furtum factum est, tenetur quidem etiam furti, sed quia rem non contrectavit, non tenetur condictione, *leg. 6. de condict. furt.* Plane si res aliter adversus furem salva esse non potest, placet, etiam eum qui opem tulit, condictione teneri, nimirum in subsidium, *l. sæpe* 53. §. *ult. de verbor. sign. & ibi* Alciat.

Hæredemve ejus, licet non possideat) Rei vindicatio adversus omnes competit, qui rem possident, sed adversus eos solos. Itaque nec adversus furem hæredemve ejus aliter competit, quam si possideant. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non possidet, sed adversus furem tantum hæredemve ejus, *hoc text. l. 1. de cond. furt. l. 1. de priv. delict.* (3) Quod condictio etiam in hæredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in hæredem non transire: nisi lis cum defuncto contestata sit, §. 1. *infr. de perp. & temp. actio.* Cur vero tam varie? neque enim minus condictio rei furtivæ ex causa maleficii descendit, quam actio furti, *l. 2. l. 3. l. 5. & l. 9. de cond. furt. l. si ambo* 10. §. 2. *de compens. l. 3. §. penult. de pecul. l. mulier* 21. §. *penult. de act. rer. am. leg. cessat.* 36. *de obligat. & action.* Nimirum quia una rei persecutoria est, altera pœnalis: id est, quia condictio furtiva tantum comparata est ad persequendum id, quod ex patrimonio nobis abest, furti actio ad puniendum ipsum maleficium, *l. 7.* §. 2. *de cond. furt.* junct. *d.* §. 1. *infr. de perp. & temp. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura utique, si ultra damnum datum lis nunquam æstimaretur, §. *his autem* 9. *infr. de leg. Aquil.* (4) Estque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus, quæ in hæredem non dantur, concepta est de iis, quæ pœnales sunt ex maleficio *dict.* §. 1. *infr. de perp. & temp. action. l. hæc actio* 13. *de serv. corr. l. 1. de priv. d. l. l. sicuti* 38 *l. pœnalia* 164. *l. pupillum* 111. §. *de reg. jur. & simil.* An igitur condictione ex causa furtiva tenebitur hæres furis in solidum? Sic sentio. Nam præterquam quod hoc diserte responsum est in *leg. 9. de cond. furt.* moveor eo, quod nunquam actio in hæredem absolute dari dicitur, cum non datur in solidum; cum autem eatenus tantum datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, *d.* §. 1. *infr. de perp. & temp. act. d.* §. *his autem*, 9. *infr. de leg. Aquil. l. 5. de calumn. l. 1. in fin. l. 3. de vi, l. hæredem* 26. *de dol. l. 1. de priv. delict. l. 2.* §. *ult. vi bon. rapt. leg. Julianus* 26. *de justic. l.* 13. *de serv. corr. l. 9.* §. 1. *quod fals. tut. leg. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem* 8. *ad leg. Aquil. leg. 3.* §. *penult. si mens. fals. mod. l. in honorariis* 35. *de obligat. & act. leg. sicuti* 38. *l. pupillum* 111. §. 1. *de reg. jur.* & sexcentis aliis locis. Dicitur sane aliquando actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, pœnales, ut

in

in *l. un. Cod. ex del. defunct.* Sed istæ definitiones, utpote ex eo, quod plurimum & fere semper fit, conceptæ, sic accipiendæ sunt, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam: atque hæc communis est DD. sententia. Dissent. Cujac. *7. observ.* 37. & 13. *observ.* 39. Vultejus, *hic.* Lyclam. 1. *membr.* 18. & *libr. Benedict. passim.* Quorum argumentis occurrimus sub §. 1. *infra de perpet. & temp. act.* Adde Ant. Fab. 3. *conject.* 1. Donell. *ad d. l. un. C. ex del. defunct.*

TITULUS SECUNDUS.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 8. *Cod. Lib.* 9. *Tit.* 33.

Continuatio. Violentiæ varia genera, & de qua hic agitur.

SEcunda species delicti privati rapina dicitur, inter quam & furtum hoc interest, quod furtum est clandestina rei alienæ ablatio; rapina, violenta. Est vero hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis est adversus bonos mores, magisque turbat quietem publicam clandestina rerum amotio. Qua de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privata, *l.* 2. §. 1. *h. t.* Inscribitur hic titulus *De vi bonorum raptorum*. Subaudi *actione*. Quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem est, neque vim omnem unius esse generis, neque uno coerceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, *turbativam, inquietativam, compulsivam, expulsivam, & ablativam*. Nos inquietativam, quam vocant, sub turbativam comprehendimus. *Turbativa est*, cum possessor in possessione manens impeditur re sua libere uti, sive id fiat manu & corpore, sive opere facto. Illic adversus turbantem comparata sunt interdicta duo, *uti possidetis* in rebus soli, *utrubi* in rebus mobilibus: hic interdictum *quod vi aut clam. Compulsiva* vis est, cum quis minis justoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienandum: quæ vis effecto *quod metus causa* coercetur. *Expulsiva*, est, cum quis de possessione alicujus rei dejicitur: adversus quam comparatum est interdictum *unde vi*. Et præterea vindicatur hæc vis etiam sacris constitutionibus, item legibus Juliis de vi publica & privata, §. *recuperanda* 6. *infr. de interd. Ablativa* vis (de qua hic agitur) est quando per vim alicui res eripitur: quæ & ipsa iisdem legibus quibus expulsiva, coercetur, *d. l.* 2. §. 1. *h. t.* & præterea ei, cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum: quæ sola hujus est loci. Justinianus primum originem hujus actionis commemorat, deinde quid in eam veniat; adversus quos, & quibus detur, ostendit.

TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti. (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est eum impro-

bum furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: & est intra annum, quadrupli, post annum, simpli. Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest & rei persecutio: ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum qui vi rapit quam qui clam amovet.

NOTÆ.

Qui vi res alienas rapit) Fur sine vi subtrahit, & clam aufert, *l.* 59. *de furt. l.* 9. *C. eod.* raptor vi & palam diripit. Rapi enim sine vi non potest, *l.* 3. §. 5. *de incend. ruin.* Plaut. *Epid. act.* 1. *scen.* 1. *Th. Mibus jam furtificus sum quam antehac. Epist. Quid ita? Th. Rapio propalam.*

Tenetur etiam furti) Et quidem etiam in quadruplum, si in ipso delicto deprehensus sit, *l.* 52. §. *ult. l.* 80. §. 3. *de furt.* Alias, in duplum, *l.* 1. *l.* 88. *eod.* quamquam vi bon. rapt. semper in quadruplum.

Ridiculum &c. levioris conditionis, &c.) Gravioris enim delicti asperior pœna esse debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibus Juliis de vi publica & privata, *d. l.* 2. §. 1.

COMMENTARIUS.

1 *An furti actione electa servetur eadem distinctio inter rapinam & pœna rapinæ, quæ in furto?*
2 *Quando levius ducitur, quod palam, quam quod clam committitur?*

TEnetur *etiam furti*) An igitur furti actione electa eadem distinctio & in rapina & in pœna rapinæ servabitur, quæ in furto in specie sic dicto ut scilicet raptor manifestus, seu in ipso delicto deprehensus, quadrupli, nec manifestus dupli pœna sustineat? Id quidem & ratio suadet, & satis perspicue significari mihi videtur in *l. si quis* 52. §. *ult. l. si vendidero* 80. §. *cum raptor* 3. *de furt.* & denique ex eo evincetur, quod hoc loco & *l.* 2. §. *cæterum* 10. & §. *pen. h. t.* simpliciter traditum est, eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in *l.* 1. *h. t.* & *l. si quis egerit* 88. *de furt.* tantum mentio fit actionis furti nec manifesti, ex eo non protinus concludendum est, furti manifesti cum raptore numquam agi posse. Nam vel ideo id factum dici potest, quoniam furti nec manifesti actio semper competit, etiam adversus raptorem manifestarium, nemo enim prohibetur experiri actione mitiore, vel quia in sola furti nec manifesti actione locum habet, quod illic docent Jurisconsulti, si quis in duplum egerit, ei adhuc superesse actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hac amplius est. Sunt qui putant cum raptore, ut cum fure manifesto, semper in quadruplum agi posse; quasi raptor non possit non esse manifestarius. Quod refellit *l. si quis* 22. §. *ult. de furt.* ubi Jurisconsultus & exemplum proponit raptoris non deprehensi, videlicet si quis rapuerit ex ædibus, in quibus nemo erat, & eum de bonis quidem raptis in quadruplum posse conveniri scribit; sed furti non, nisi nec manifesti. Sed nec conspectio furem aut raptorem manifestum facit, verum apprehensio, aut ad apprehendendum concursio & acclamatio, *l.* 3. *l.* 7. §. 1. & 2. *de furt.*

Improbum furem esse) Id est, κ' αὐθάδη, κ' ἀναίσχυντον, imprudentem, audacem, atrocem Chrysostom. *in Matth. hom.* 53. τὸν δὲ κλέπτοντα ὁ ἁπλῶς χείρων. Et sane is, qui rapit, fur est improbior atque imprudentior, quam qui clam amovet, cum hic celet suum delictum, ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, *l.* 1. §. *ceterum* 10. §. *si in re deposita* 24. *h. t.* Quamquam aliud judicium Aristotelis in *Rhetor. ad Alexand. cap.* 12. ubi hæc legimus: δοκεῖ τισὶ δικαίως οἱ κλέπτοντες ἢ λῃζόμενοι πρᾶξαι· οἱ μὲν γὰρ λανθάνειν, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα περιποιοῦνται. VINN. Et vero Prætori ea mens fuit, dum quadruplo in quod raptor condemnatur, & rem raptam comprehendi voluit. Et nescio an jocus Plauti *Epid. Act. I. scen.* 1. ubi *propalam rapiens minus furtificus* dicitur, hanc sententiam exagitet. Ratio autem veterum fuit, quod raptoris vis vi facile propulsari posset a viro constante & forti: furto autem & viro prudentissimo fortissimoque damnum inferri queat. HEIN.

Propriam actionem) Etiamsi speciali edicto contra ea, quæ vi committuntur, Prætor consuluit, *d. l.* 2. §. scilicet ut innotesceret, Prætorem quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint, *arg. l.* 3. §. 1. *naut. cap. stab.* junct. §. *sic itaque* 14. *infr. de act.*

Intra annum quadrupli) *d. l.* 2. §. *in hac act.* 13. Nimirum actio honoraria est, & ideo, ut cæteræ ejusdem generis pœnales, anno finitur *l. in honorariis* 34. *ee obl. & act.* speciale enim est quod actio furti manifesti, quæ & ipsa ex Prætoris jurisdictione proficiscitur, perpetuo competit, vide *infr. tit. de perp. & temp. act.*

Unam rem, licet minimam) *d. l.* 2. §. *vel cujus* 11. Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis facti ratio dicitur. Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, *l.* 9. §. *ult. cum* 2. *l. seq. de dolo?* Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum, quod jure civili ratum est; non putavit Prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

In quadruplo inest & rei persecutio) Actio vi bonorum raptorum in quadruplum a Prætore proposita, non est mera pœnalis, sed mixta: quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut pœna tantum sit triplex, §. *vi autem* 19. *infr. de act.* In quo distat hæc actio ab actione furti, quæ tantum pœnæ persequendæ causa comparata est, sive manifesti agatur in quadruplum; sive nec manifesti in duplum, §. *ex maleficiis* 18. *inf. de act.* §. *ult. tit. præc.*

Sive comprehendatur raptor, &c.) His verbis Imperator perspicue duo genera raptorum facit, ut alii sint manifesti, alii non manifesti: ut & Ulpian. in *l. si quis*, 52. §. *ult. de furt.* Cæterum in hac actione furti alia pœna est manifesti, alia nec manifesti, sed in omnes raptores pœna est eadem.

Ridiculum est) Atqui raptor tantum triplo multatur, fur manifestus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua est, furti perpetua. Resp. Sufficit ad defensionem hujus loci, quod raptores in delicto comprehensi eadem etiam actione teneantur, qua fures manifesti; ex causa autem delicti non manifesti gravius semper puniantur raptores, quam fures.

Qui vi rapit, quam qui clam amovet) Eadem ratione Jurisconsultus in *l.* 2. §. *si in re* 24. *h. t.* furem cum raptore conferens factum furis extenuat, raptoris exaggerat: quoniam scilicet fur celat suum delictum, raptor publicat, quæ imprudentia crimen auget. (2)

Quod autem aliquando levius ducitur, quod palam committitur, quam quod clam, id tunc locum habet, cum factum clandestinum, vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conscientiam doli magis arguit, ut in specie, *l. ult. de vit. nupt. & l. non existimo* 54. *de adm. tut.* quod hic dici nequit.

TEXTUS.

Adversus quos datur.

1. *Ita tamen competit hæc actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem se moventem, licet suam eamdem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere: si autem aliena res sit, restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus quæ circa res soli fiunt ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant.*

NOTÆ.

2. *Rei suæ dominio cadit.* Qui rebus suis manum injicit, dominium earum amittit. Qui rebus alienis, duplum restituere cogitur. Creditor, qui rem debitoris sibi debitam occupat, jus crediti amittit, l. 14. *quod met. caus.*

COMMENTARIUS.

1. *Qua pœna afficiantur, qui sine dolo malo rem rapiunt, & invadunt?*
2. *Pœnam rapinæ, quæ privatis applicatur, exoleviſſe; & an non etiam de quibus hic agitur?*

QUemadmodum furti nemo tenetur, nisi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi causa; ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis, cum crederet se rei dominum esse, eam per vim possessori eripuerit, existimans licere domino quovis modo rem suam a possessoribus auferre, hoc judicio de vi bonorum raptorum non tenetur, *l.* 2. §. *hoc actione* 18. *hoc tit.* sed nec furti tenetur, *hoc text.* Cæterum aliis pœnis obnoxius est, ut statim audiemus.

Imprudentia juris) Secundum hoc explicandum est, quod Jurisconsultus in *dict. l.* 2. §. *ac act.* 18. simpliciter scribit, si quis suam rem rapuit, vel bonorum raptorum non teneri; nempe si id sibi licere crediderit errans in jure: nam a dolo quævis vel fatua causa excusat. Gloss. Jas. & DD. *in l. unic. si quis jus dic. non obtempt.*

Sed ne dum talia excogitantur) Bene ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impul-

pulſu: ſed ſi quis putet ſe habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem, quod ſuum eſſe dicit, repoſcat. Nam ſi cuivis privato permittatur id quod ſuum eſſe aut ſibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque ſibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi neceſſe eſt, civeſque ad rixam & arma quotidie procedere, *l. non eſt 176. de reg. jur.* Itaque etſi is, qui ſine dolo rem rapuit, ſuam eſſe putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum multari placuit, & ſiquidem dominus fuit, dominio rei ſuæ cadere, ſi non fuit dominus, poſt reſtitutionem rei etiam æſtimationem ejus vim paſſo præſtare, *hoc text.* Creditor, qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, *l. extat, 13. quod met. cauſ. l. penult. ad l. Jul. de vi privat.* atque hic inſuper etiam vi bonorum raptorum, *l. 3. Cod. hoc tit.* & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur, *leg. ult. ad l. Jul. de vi priv.*

In invaſionibus (*L. ſi quis 7. C. unde vi.*) (1) Solæ res mobiles amoveri, ſubtrahi, rapi poſſunt: qui autem rem immobilem ſeu prædium vi occupat, *invaſor* & *invadere* dicitur. Pœna rapinæ legitima, quæ privatis adſcribitur, exolevit, ſicut & furti; cujus qualificati rapina eſt ſpecies. Nunc enim tantum criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violenta etiam morte punitur. De pœna *l. ſi quis in tantam 7. C. unde vi.* Et ſimilium reſcriptorum inter interpretes non convenit. Nam eam communi totius Chriſtiani orbis uſu antiquatam eſſe teſtatur Covarruv. 3. *reſol. 16. n. 7.* poſt Specul. *tit. de reſtit. ſpol.* §. 1. & Guillel. Bened. *in cap. Raynutius 16. x' de teſt.* Guttier. *pract. quæſt. lib. 1. qu. 77.* Sarmientus quoque 2. *ſelect. interp. 13. n. 7.* refert, ſe nunquam vidiſſe pœnam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. *recup. poſſ. remed. 9. num. 8.* qui cenſet, in praxi eam diſpoſitionem omnino ſervandam eſſe: neque enim ſolo non uſu leges abrogari. Sane in foro noſtro etſi nemo eſt, qui de contrario uſu teſtetur, tamen plerique arbitrantur, rigorem talium conſtitutionum ſectæ & praxi noſtrorum temporum non convenire, quod etiam notat. Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 15. n. 10.* & Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

TEXTUS.

Quibus datur?

2. *Sane in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris eſſe. Nam ſive in bonis ſit, ſive non: ſi tamen ex bonis ſit, locum hæc actio habebit. Quare ſive locata, ſive commodata, ſive etiam pignorata, ſive depoſita ſit res apud Titium ſic, ut interſit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti ſi in depoſita re culpam quoque promiſit) ſive bona fide poſſideat, ſive uſumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut interſit ejus non rapi, dicendum eſt, ei competere hanc actionem, non ut dominium accipiat; ſed illud ſolum, quod ex bonis ejus, qui rapinam paſſus eſt, id eſt, quod ex ſubſtantia ejus ablatum eſſe proponatur, & generaliter dicendum eſt, ex quibus cauſis furti actio competit in re clam facta, ex iiſdem cauſis omnes hanc habere actionem.*

NOTÆ.

2. *Sive depoſita, &c. ſic ut interſit*) Locus Ulp. in *d. l. 2. §. 23. & 24. eod.* male interpunctus eſt, perperamque principium §. 24. ſeparatur a fine §. præcedentis. Sic enim omnino legendum: *Nam & furti actionem habeo, ſi in re depoſita culpam quoque repromiſit, vel pretium depoſitionis non quaſi mercedem accepit.* Hinc demum novus §. inchoandus: *Utilius dicendum eſt*, &c. Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Ex bonis eſſe quæ hic dantur?*
2 *Explicatur locus obſcurus Ulpiani.*

(1) VI bonorum raptorum is agit, qui in eum, qui clam amovit, furti agere poteſt, id eſt, is, cujus intereſt, neque ſolum dominus rei, qui eam in bonis habuit, ſed etiam bonæ fidei poſſeſſor, fructuarius, commodatarius, creditor, conductor, & interdum depoſitarius, ſi videlicet culpam quoque in re depoſita repromiſit. Horum omnium intereſt rem, quam tenent aut poſſident, non rapi: quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam ſalvam & incolumen præſtare debent, *l. 2. §. in hac actione 22. hoc t.* junct. §. *furti 13. & 2. ſeqq. tit. præc.*

Sive ex bonis) (2) Ex bonis eſſe hic ea dicuntur, quorum, cum aliena ſint, emolumentum, vel uſus, vel periculum ad nos pertinet, *ut ex text. & dict. l. 2. §. 22.* In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita bonis acquiſita ſunt, ut ea alienare poſſimus. Alibi hæc verba in bonis latius accipiuntur, *l. bonorum 49. de verb. ogn. l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom.* Nonnumquam promiſcue utrumque dicitur & idem valet, in bonis & ex bonis, *l. 1. de uſufr. legat.*

Non ut dominium accipiat, &c.) Obſcura eſt hujus loci ſententia. Apud Ulpian. *l. 2. in hac actione 22. hoc tit.* unde totus hic §. deſcriptus eſt, ſic legitur, *dicendum eſt, mihi competere hanc actionem, non ut dominium accipiamus, ſed illud ſolum ex bonis meis, hoc eſt ex ſubſtantia mea, res ablata eſſe proponatur.* Quorum verborum hic ſenſus eſſe videtur, competere mihi, cujus ex bonis res eſt, actionem vi bonorum raptorum, non utique ut jure dominii agere poſſim, ſed tantum ut proponam, ex ſubſtantia mea rem ablatam eſſe, verbo ſubſtantiæ largius accepto, quaſi ex bonis meis etiam illud abſtrum videatur, cujus æſtimationem domino præſtare debeo.

TITULUS TERTIUS.

DE LEGE AQUILIA.

Cod. Lib. 9. Tit. 2. Cod. Lib. 3. Tit. 35.

Continuatio, & ſumma tituli.

TErtia ſpecies delicti ex quo civilis actio oritur, eſt damnum injuria datum. Damnum generaliter ſignificat omnem detractionem & deminutionem rei alienæ, ſive illa lucri cauſa fiat, ſive nullius lucri gra-

gratia, & sive salvis rebus, sive peremptis aut corruptis. Nam damnum ab ademptione & quasi deminutione patrimonii dictum est, *l.* 3. *de damn. inf.* Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis, puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit, aut vulneraverit, aut quid alienum jusserit, ruperit, fregerit injuria, seu non jure, aut, quod idem valet, culpa, §. 2. & 2. *infr.* Atque hoc damnum est, quod vindicatur Lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & postremum hoc titulo explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

TEXTUS.

Summa. Caput primum.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

NOTÆ.

Damni injuriæ) Damnum generaliter significat omnem deminutionem rei alienæ, &c. *l.* 3. *de damn. infect.* Hoc autem loco in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis.

Tantum domino dare) *D. l.* 2. *princ.* In lege Aquilia videtur scriptum fuisse, *tantum æn dare hero damnas esto*, argum. *l.* 11. §. 6. *eod. hero* tenuitur, id est, *domino*, ut in Florent. & Gloss. Græc. Lat. Δεσπότης Cujac. 27. *obs.* 11.

COMMENTARIUS.

1. *Si liber homo occisus sit, & de damno farciendo agatur, quid juris, & potissimum hodie.*

Damni injuriæ) Legendum videtur, *damni injuria*, *l. impuberem* 23. *de furt. l. si servus* 27. §. *si fur*, n. 10. & *seq. l. quemadmodum* 29. §. *item Labeo* 3. *h. t.* Cic. *pro Q. Rosc. cap.* 11. *lite contestata, judicio damni injuria constituto.* Præcise videlicet, pro *damni injuria dati*. Haud scio tamen, an posteriores Jurisconsulti Græci homines *damni injuriæ* dixerint in genitivo, pro ex injuria, ut cum diximus, damnum incendii vel naufragii, pro incendio vel naufragio. VINN. Immo opus non videtur emendationem. Nam & apud veteres leges *damnum injuriæ*: veluti apud Mæcianum *l.* 30. *pr. fin. ff. ad L. Falcidia*, &, ut mihi videtur etiam in *l.* 9. §. *ult. ff. de tutel. & rat. distr.* HEIN.

Alienum hominem alienamve quadrupedum, quæ pecudum numero) Primum legis caput animalia pretiosiora hoc est, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur, servis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero sunt; & tantum ad damnum gravius, id est, ex cæde datum, pertinet, *l.* 2. *h. t.* Occiso homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla est æstimatio: sed legi Corneliæ locus est, si dolo occisus: si culpa, pœna lenitur, *l.* 1. §. 3. *de sicar.* Cæterum si de damno farciendo, civiliter discepretur, tenetur is, qui injuste occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ sunt in medicos, iisque, quos occisus alere ex officio solebat, puta liberis, uxori, parentibus, dare tantum, quantum illa spes alimentorum, ratione habita ætatis occisi, valebat. Grot. *lib.* 3. *introd. c.* 33. Sic Hercules legitur Iphiti a se occisi liberis mulctam pependisse, quo facilius expiaretur. Atque ita censuit Senatus Dolenus apud Jo: Grevell. *decis.* 25. & Card. Puteus *lib.* 3. *decis.* 280. Sed & Cujac. 14. *observ.* 4. exemplo Hadriani & Const. Porphyrogen. netæ probat novum non esse ut pars bonorum addicetur occisi liberis, vel patri, vel uxori, maxime si paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta, injuste tamen. Michael Ephesius ad 5. *Nicom. Arist.* scribit, eum ipsum, qui cæsus est, quodammodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cogniti ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere, usque ad modum lucri amissi testatur Costal. *ad. l.* 3 *si quadr. paup. fec.* add. Gomez. 3. *resol.* 3. *n.* 37. Grot. 2. *de jur. bell.* 17. *n.* 12. & *seqq.* Tulden. *ad tit.* 5. *c.* 3. Christin. *vol.* 2. *decis.* 35. *n.* 10 Libero homine vulnerato aut mutilato, quid juris sit, videbimus *infr.* §. *cap.* 3.

Quæ pecudum numero sit) Ita quoque Cajus in *d. l.* 3. §. 2. *hoc tit.* quamobrem recte mihi admonere videtur Hotomannus in principio *d. l.* 2. mendose legi, *Quadrupedem, vel pecudem*, legendum enim esse, *Quadrupedem vel pecudem*.

In eo anno plurimi) Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit, damnatur, *d. l.* 2. *in princ.* De quo plura *infr.* §. *his autem* 9.

TEXTUS.

De quadrupede, quæ pecudum numero est.

1. *Quod autem non precise de quadrupede, sed de ea tantum, quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus: sed de iis tantum, quæ gregatim proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit. Nam & suis quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea, ait, sicut Ælius Marcianus in suis institutionibus refert,*

Δῖος ὑῆας σύεσσι παρημένος, οἳ δὲ νέμοντο
Παρ' Κόρακος πέτρῃ, ἐπὶ τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Hoc est.

Assidet is suibus, quorum grex magnus in agris
Pascitur, ad Coracis saxum, fontemque Arethusam.

COMMENTARIUS.

1. *Cur dubitatum de suibus, an pecudum numero sint?*

PEcudum numero esse ea animalia proprie intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subjecto, ut equi, asini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt, multoque minus feræ bestiæ, veluti nisi, leo-

gones, pantheræ. Enimvero cameli & elephanti, licet feræ naturæ sint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præstant, *d. l.* 2. §. 2. VINN. JCti ubi ex arte loquebantur, distinguebant *quadrupedes*, quæ dorso & collo domantur, id est, quæ sarcinas vehunt & trahunt; *pecudes*, quæ gregatim pascuntur, & *bestias*, quales erant reliqua animalia omnia. Apud Bynkerh. *de Reb. mancip. & nec mancip. c. 6. pag.* 119. *seq.* HEIN.

De suibus idem placuit) An sues pecudum appellatione contineantur, dubitatum fuit. Dubitandi quæ causa fuerit, haud facile dixerim. (1) Hotomannus hanc affert, quod sues non ut reliquæ bestiæ, gramine & viridibus pubulis commode alantur, sed ut Varro & Columella tradunt, maxime faba, hordeo, glande, & cætero frumento indigent; & si rure sint, tamen caducis arborum baccis & effossis lumbricis & radiculis potius, quam gramine vescuntur. Aliis probabilius videtur, ideo de suibus dubitarum, quoniam sues neque operam hominibus præstant, puta gestando, arando, ut equi, muli, asini, boves; neque lacte aut lana prosunt, ut vaccæ, oves, capræ. Utut sit, placuit etiam sues pecudum numero haberi, quia & ipsi gregatim sub imperio pastoris pascuntur, *d. l.* 2. §. 2. *h. t. l. legatis* 65. §. *pecoribus* 4. *de leg.* Ubi Marcianus Jurisconsultus auctoritate Homeri hanc sententiam confirmat. Locus est apud Poetam *Odyss.* 13. 13. ubi Minerva Ulyssem in patriam ex longo errore reductum monet, ut non recta domum ad uxorem & procos introeat: sed prius ad Eumæum subulcum adeat, a quo de rebus omnibus interea edoceatur, dum ipsum Telemachum filium reducat. Quo eodem loco leguntur versus, quos post Marcianum hic citat Justinianus. VINN. Sed quamvis sues gregatim pascuntur, dubitari tamen non absurde potuit, an sint quadrupedes pecudes. HEIN.

TEXTUS.

De injuria.

2. *Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem infidiatorem occidit, non tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui hac actione non teneantur?*

Qui nullo jure occidit) Injuriam hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quamdam, sed quod non jure factum est, seu damnum culpa facientis datum, *l.* 5. §. 1. *hoc t.* & nimirum quodcumque prævideri potuit, nec provisum est, *l. si putator* 31. *l.* 44. *eod.* (1) Ex qua intelligimus eum, qui occidit, aut alias damnum dedit, hac lege teneri, etiamsi animum nocendi non habuit *dict. l.* 5. §. 1. Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa vel levissima damnum datum esse arguetur, *l. in leg.* 44. *eod.* Postremo non teneri eos, qui vel culpæ capaces non sunt qualis est furiosus, infans, & impubes infantiæ proximus, *d. l.* 5. §. 2. vel quorum factum a culpa abest: veluti si non fuit in potestate ejus, qui damnum dedit, non facere, puta, si ab alio impulsus damnum dederit, *l.* 7. §. 3. *l. si ex plagis* 52. §. 2. *eod.* vel si jure suo id fecit, puta furem nocturnum aut diurnum telo se defendentem, vel aggressorem, ut taurum irruentem occiderit, *hoc text. d. l.* 5. *eod.* aut si quis casum alium læsit, quem divinare non potuit: aut si in eo, qui læsus est, culpa sit, cur sit læsus, vid. *infr.* §. 4. & 5. Plerique putant, nec culpam, quæ in omittendo seu negligendo consistit, ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit. Covarruv. *de sponsal.* part. 2. *cap.* 6. §. 8. *n.* 13. Donell. 16. *comp. cap.* 7. Alii putant, hoc nomine utilem saltem actionem competere, *l.* 8. *si servus* 27. §. *si fornicarius* 9. & ibi Bus. *hoc t.* quod verum est, si negligentia circa factum aliquod antecedens causam damni præbuit. Ita opiniones conciliat D. Tuldenus *hic cap.* 7.

Qui latronem insidiantem) Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere, *d. l.* 4. *hoc t. l.* 5. *l.* 54. §. 4. *hoc etiam tit.* & quod quis ob tutelam corporis sui fecit, jure feciisse existimatur, *l.* 3. *de just. & jur.* Quamobrem si servum aggressorem aut latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: sed & si alium quemcumque ferro se petentem quis occiderit, non videtur injuria occidisse *d. l.* 4. & *l.* 5. *eod.*

Si aliter periculum effugere) Vim nobis illatam vi repellere licet: cæterum ita, si aliter periculum vitari non potest, *l. scientiam* 45. §. *pen. eod.* Itaque si quis, cum posset intentatum periculum apprehendere, occidere maluit, injuria fecisse videtur, *d. l.* 5. Nec ultio permissa, sed defensio, quæ ita excusata est, si in defendendo servata sit moderatio inculpatæ tutelæ, *l.* 1. *Cod. unde vi.* Cuncta exequi, quæ ad materiam defensionis pertinent, non est hujus loci.

TEXTUS.

De casu, dolo, & culpa.

3. *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpæ ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quam ex culpæ quisque hac lege tenetur.*

COMMENTARIUS.

NON *minus ex dolo, quam ex culpa*) Inversio est; dicere voluit, *non minus ex culpa, quam ex dolo* occidentem teneri: nam de dolo minor est dubitatio. Similis verborum trajectio occurrit in princ. *supr. de hæred. instit.* apud Ulpianum, *l. jurisgentium* 7. §. *pastorum* 8. *de past. l.* 3. §. 2. *de incend. ruin.* apud Callistratum *l. solidum* 85. *de solut.*

TEXTUS.

De jaculatione.

4. *Itaque, si quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam si id a milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur; si alino tale quid admiserit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit.*

De putatione.

5. *Item si putator ex arbore ramo dejecto servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vici-*

vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpæ reus est; sed si proclamavit, nec ille curavit præcavere, extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

De curatione derelicta.

6. Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus erit.

De imperitia Medici.

7. Imperitia quoque culpæ adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.

De imperitia & infirmitate Mulionis, aut equo evecti.

8. Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fueris, culpæ reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cum alius firmior eas retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur, impetum ejus, aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

NOTÆ.

5. Licet non proclamavit) Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset. Quod si etiam per locum privatum vulgo iter fiat, de culpa agi poterit, *d. l.* 3.

6. Qui servum secuit) Quamvis bene, *l.* 18. *eod.* Solebant olim medici venas incidere, & ægris sanguinem mittere. Cic. *Prisoniana*.

7. Si medicus) *L.* 7. *in fin. & d. l.* 8. *pr. eod.* quamquam eventus mortalitatis medico imputari non debet, *l.* 6. §. 7. *de off. præs.* & extra culpam esse intelligitur, ὅταν μεῖζον τὸ πάθος τῆν ἰατρικῆς βοηθείας. Alexand. Arod. *in* 1. *Topic.* Arist.

Perperam ei medicamentum) ἀμαθῶς καὶ ἀπερισκέπτως ut Hippocr. *de pharm. pung.* imperite, temere, inconsiderate.

COMMENTARIUS.

1 *Quod de militibus in loco exercitii se exercentibus hic dicitur, id etiam ad paganos certo loco se exercere solitos pertinere.*

2. *Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.*

AFferunt hic varia exempla hominis occisi, & damni dati circa dolum & animum nocendi, & fere culpa levissima. Nam ut antea dictum est, per legem Aquiliam non solum dolus, sed etiam culpa vindicatur, ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, *l. in lege* 44. *hoc* tit. & recte: nam cum potior semper sit causa ejus, qui damnum patitur quam qui dat, æquum est, damnum, quacumque culpa datum, sarciri ab eo, qui dedit.

A milite in eo campo) Duæ circumstantiæ in proposito efficiunt, ut factum a culpa absit & Aquilia cesset; locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquiliæ locus est. (1) Qua de causa si vel paganus in loco exercitationis militum constituto juculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, *d. l.* 9. §. *ult. hoc t.* Quid vero dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint, tamen si quis eorum die & loco solito se exercens, intempestive per eum locum transcurrentem transfixerit, extra culpam esse respondit Wamel. *cent.* 2. *cons.* 51. facit Grotius 3. *jurisp. Bat. c.* 33. Plane si consulto ictum in transeuntem direxerit, aliud juris est, *dict. l.* 9. §. *ult. & ibi gloss.*

Si putator ex arbore dejecto ramo) Arborem putare, factum plane licitum est: cæterum in dejectione rami amputati culpa esse potest. Quod ex loco, in quo putatur arbor, æstimandum est. Nam si is locus sit prope viam publicam aut vicinalem, aliamve, per quam vulgo iter fit, aut unicuique transire jus est, & frondator, seu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum, quantumvis privatum, sine proclamatione dejiciens servum prætereuntem occiderit, culpæ obnoxius est; si vero proclamavit, nec alter curavit casum evitare, extra culpam est. Similiter extra culpam esse intelligitur, si in eum locum dejecerit, in quo nulli extraneo versandi jus erat, quamvis non proclamaverit: quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset, *l. stipulator*, 31. *hoc tit.* Via publica est, quæ Græcis βασιλικὴ, regia dicitur, Romanis Prætoria & consularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit: quæ & ipsa fere publica est, *l.* 22. §. 12. *ne quid in loc. publ.* Sic Flace *de cond. agr.* Stevon. *Aug*, 49. Theoph. *hic*.

Si medicus qui servum tuum secuit) Qui medicus servum alienum secuit, etsi bene secuit, (venæ sectionem seu incisionem intellige) tamen si suscepit ejus curationem, dereliquit, & servus ob id mortuus sit, culpæ reus intelligitur, *leg.* 8. *hoc titul.* Nimirum qui susceptam curationem deseruit, causam mortis præbuisse videtur.

Imperitia quoque culpæ, &c.) Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adscribitur, si quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, *l.* 9. §. *pen. l. item quæritur*, 13. §. *si gemmæ*, 5. *locat. l. si servum*, 27. §. *si calicem*, 29. *h. t.* eoque pertinet *l. imperitia*, 132. *de reg. jur.* Itaque si medicus servum tuum imperite, ἀμαθῶς καὶ ἀπερισκέπτως, secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l.* 7. *in fin. & l. seq. in princ. eod.* Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiodor., *var.* 9. Diligenter autem considerandum est, ne, quod vi morbi contigit, id medici imperitiæ aut culpæ designetur; nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, sed tantum quod commisit per imperitiam, *l.* 6. §. *sicuti*, 7. *de off. præs.* & extra culpam esse intelligitur ὅταν μεῖζον τὸ πάθος τῆν ἰατρικῆς βοηθείας. Alex. Aphrod. *in* 1. *top. Arist.* (2) Culpa medici raro in judicium vocatur: quoniam, ut ille dicebat, errata medicorum terra occultet: beneficia autem sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli medico hominem occidere impune esse. Papin. 23. *tit.* 8. *art.* 1. refert, medi-

medicum, qui fortiorem solito potionem ægrotanti præbuerat, impune quidem pro ea vice arresto Parisiensi dimissum fuisse, sed cum interminatione severæ animadversionis, nisi in posterum ab hujusmodi remediis temperaret, add. Groenevv. *de leg. arbi hic*.

Impetu quoque mularum, &c.) Mulio, cujus obimperitiam vel infirmitatem impetu mularum servus alienus obtritus est, hac actione tenetur. Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem deticere non potuit. Neque iniquum est infirmitatem culpæ adnumerari. Quippe cum nemo temere affectare debeat id, in quo vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram, §. 1. *eod.*

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur, & de hæredibus.

§. *His autem verbis legis*, Quanti id eo in anno plurimi fuerit, *illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit: qua ratione creditum est, pœnalem esse hujus legis actionem; quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat, in hæredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis æstimaretur.*

COMMENTARIUS.

Quanti id eo in anno plurimi) Hæc clausula æstimationem habet damni, quod per cædem datum est. Tenetur itaque qui servum occidit, non quanti is erat, cum occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit, *l. ait, l. 21. l. inde Neratius, 23. §. idem Iulianus, 3. hoc tit.* ubi Ulpianus scribit, hominis occisi æstimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus: quippe annum retrorsus numerari, ex quo quis occisus est. Et ideo si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum quo præcideretur, fuerit occisus, posse dominum Aquilia agere, pretioque eo æstimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset. Si mortifere vulneratus sit servus, deinde post, etiam longiori tempore interjecto, mortuus sit, secundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra senserit, *d. l. ait lex 21. §. 1.*

Pœnalem esse hujus legis actionem) Actio legis Aquiliæ pœnalis est. Nam etsi interdum lis ultra damnum datum non æstimetur, veluti si res intra annum depretiata non sit, tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur sufficit posse præsentem æstimationem exsuperari, & pœnam generaliter in damnosos statutam esse.

In hæredem non transire) Constat, hanc actionem hæredi dari: sed in hæredem non datur, cum sit pœnalis; nisi forte ex damno locupletior hæres factus, *d. l. inde Neratius, 23. §. hanc actionem, 8. hoc tit.* aut lis cum defuncto fuerit contestata, §. 1. *infr. de perp. & temp. act.*

Quæ transitura fuisset) Ait, actionem legis Aquiliæ in hæredem non transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis: transituram, si pœnalis non esset. Itaque hic locus aperte confirmat eorum sententiam, qui existimant, actiones non pœnales, etiamsi ex delicto veniunt, in hæredem dari: de quo latius alibi, §. *ult. supr. de obl. que ex del. & infr.* §. 1. *de perp. & temp. act.* Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non est: nam solum eatenus ea nunc utimur, ut damnum injuria datum persequamur; non etiam quanti plurimi supra id res in eo anno aut in diebus 30. proximis fuit: & quando aliquid propter occasionem conjugis vel parentis, vel propinqui adjudicatur, id potuit ejus qui agit indemnis servandi, quam coercendi adversarii causa fieri existimatur. Gudel. *de jur. nov. lib.* 3. *cap.* 13. Grot. 3. *introd.* 34. & 34. Groenevv. *de ll. abrog. hic*.

TEXTUS.

Quid æstimatur?

10. *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse secundum ea, quæ diximus, sed eo amplius, quicquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti si servum tuum hæredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo hæreditatem adierit: nam hæreditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt qui supersunt.*

NOTÆ.

10. *Deputati sunt*) Utitur eo verbo Paul. *l.* 22. §. 1. Tertull. *ad Nation. 1. cap.* 10. Gloss. Lat. Græc. depretiati, ἀγαπεπαθότες.

COMMENTARIUS.

NON ex verbis legis, sed ex interpretatione) Lex de æstimatione perempti corporis tantum locuta videtur: cæterum illud quoque damnum in æstimationem venire placet, quod occasione perempti corporis in re alia patimur: quod variis exemplis illustratur, *l. ait l.* 21. §. *ultim.* cum *ll. seqq. hoc tit.* Ait autem Justinianus id per interpretationem placuisse, nimirum quia legislatorem id quoque voluisse prudentes existimaverunt: non enim tam ex scripto & sententia hæc controversia nata videtur, quam ex scripti ambiguitate: ut bene Hotomann. *hic*, & ideo de hoc quoque damno directam ex lege actionem competere verius est, vide §. *ult. infr.*

Quicquid præterea damni) Quidquid præterea extra rem principalem nostra interest, *d. l. ait lex*, 21. §. *ult.* Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi causa servus interfectus est, pretiosiorem hunc servum facerent, ad æstimationem ejus accedunt, *d. l. inde Neratius*, 23. §. *in summa*, 6. *eod.* Damnum autem intellige pecuniarium; nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce, si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, non pluris æstimabitur, quam quanti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, *l. si servum*, 33. *hoc tit. l. pretia*, 63. *ad l. Falcidia*.

Si

Si servum tuum hæredem) Si servus hæres institutus, antequam jussu domini hæreditatem adiret, occisus sit, etiam hæreditatis amissæ damnum in æstimationem venit, *d. l. inde Neratius*, 23. *hoc tit.*

Item si ex pari mularum) *L. proinde*, 22. §. *eod.* Ubi Paulus scribit, etiam causas corpori cohærentes æstimari. Itaque si quis ex comœdis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, ~~non solum~~ perempti corporis æstimationem faciendam esse, sed & ejus rationem haberi debere, quæ cætera corpora depretiata sunt.

TEXTUS.

De concursu hujus actionis & capitalis.

11. *Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere.*

COMMENTARIUS.

SI dolo servus occisus sit, non tantum privato judicio legis Aquiliæ dominus agere potest, sed etiam publico legis Corneliæ de sicariis, *l. inde Neratius*, 23. §. *dolo*, 9. *h. t. l.* 3. *C. eod.* nam lex Cornelia non distingit, cujus conditionis homo occisus sit, *l.* 1. §. 2. *ad l. Cornel. de sicar.* Addit. Ulpinn. in *dict. l. Neratius*, 23. §. *si dolo*, 9. si lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; scilicet, quo minus quod privato judicio judicatum erit, publico retractetur, *l. unic. quand. act. civis crim.* Alio sensu Paulus in *l.* 4. *de publ. judic.* dicit, in actione legis Aquiliæ, cæterisque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenire interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non sic, ut agi amplius non possit, sed ad probationem delicti quod attinet, ut judicium privatum, ante finitum, urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere) Modo ut diximus, dolo malo homo occisus sit. Nam in lege Cornelia dolus tantum pro facto accipitur, nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur, *l.* 7. *ad l. Cornel. de sicar.* add. Schneid. §. *injuria*, 2. *n.* 11. *supr. ad hunc* §. *n* 1. De libero homine occiso, si de damno sarciendo agatur, dixi sub *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

Caput secundum.

12. *Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.*

COMMENTARIUS.

SEcundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in desuetudinem abierat, ut testis est Ulpianus *in l. servum*, 27. §. 4. *h. t.* Quid autem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum sit, haud temere dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant. Cujacio videtur, perspicuisse ad interceptam nobis utilitatem quamdam, re nostra illæsa. VINN. Nos, ne otio abundare videamur, lectorem remittimus ad *Antiquitates nostras Roman. hoc tit.* §. 9. *edit. sec.* HEIN.

TITULUS III.

TEXTUS.

Caput tertium, quo damnum vindicatur.

13. *Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est vulneraverit; sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur; quamquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa, & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex parte legis Aquiliæ eum teneri.*

NOTÆ.

13. *Capite tertio*) Verba capitis tertii referuntur ab Ulpian. l. 27. §. 5. *eod.* ejusdemque *l.* §. 7. & deinceps fuse explicantur.

COMMENTARIUS.

1 *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*
2 *Quid juris sit liber homo vulneratus? & quid eo casu hodie?*

TErtio capite ait eadem lex Aquilia: *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum fecit, quid usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto, l. si servus*, 27. §. *tertio* 5. *h. t.* (1) Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit, fregerit, ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde si facem servo meo objeceris, & eum adusseris, teneberis mihi. Idem est si loris, vel virgis, vel pugnis vel telo cæciderís, ut corpus ei scinderes, vel tumorem faceres, *d. l.* 27. §. 17. Item si quis mulum meum plus justo oneraverit, & aliquid membri ruperit, *d. l.* 27. §. 23. Sed & si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliæ actionem habeo, *d. l. servus*, 27. §. *item si*, 7. Æque si quis vinum effuderit, spurcaverit, vitiaverit, vestimentum sciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit, ex hoc capite tenetur, *d. l.* 27. §. *cum eo*, 15. & §. *si quis*, 18. *num.* §. *seq. eod.* Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læsis agendum est, quæ pecudes non sunt, puta de cane. Sed & de apro & leone cæterisque feris & avibus idem erit dicendum, *l. quemadmodum*, 29. §. *hac actione*, 6. *eod.* In summa hoc capite servorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cædes: omnium denique rerum inanimatarum corruptiones in judicium vocantur. (2) Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet; quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua

non

non corporis, quod nullam æstimationem recipit, sed operarum cessantium & impendiorum æstimatio fiet, *l. liber homo*, 13. *eod.* quam æstimationem etiam pater utili legis actione persequi potest, ob vulnus inflictum filiofam. *l.* 7. *eod. l. cum duobus*, 52. §. *socium*, 16. *pro soc.* Cujac. 21. *obs.* 20. add. Grot. 3. *introd. cap.* 34. Moribus harum regionum etiam dolorum & deformationis corporis, si quando id petitur, æstimatio fit quamvis proprie hæc pecunia sarciri non possunt, neque juri Romano id conveniat, *l. ult. de his quo dejec. l.* 3. *si quadr. paup.* Grot. *d. loc.*

Ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum, Verbum *ruperit* fere omnes veteres sic intellexerunt, *corruperit*. Itaque rupti appellatione continentur & usta, & fracta, & scissa, & collisa, & effusa: & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obstat, quod lex distinctim hæc tria exprimit, usserit, fregerit, ruperit. Nam, ut Celsus dicebat, non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjicit verbum, quo specialia complectatur, *d. l. si servus*, 27. §. *inquit*, 13. *cum* 3. §§. *seqq.*

TEXTUS.

De dolo & culpa.

14. *Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri; ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.*

COMMENTARIUS.

SI dolo aut culpa) In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus punitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causa ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineas læserit, requiremus num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. Nam & qui occisionem præstat, damnum feciſſe videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quæ oportet, observavit, & subita vis venti ignem longius produxit, caret culpa, *l. qui occidit*, 30. §. *penult. hoc tit.* VINN. Singulare id habet lex Aquilia, quod & dolum & culpam vindicat, cum alias verum delictum non nisi ex dolo proficiscatur, *l.* 53. *ff. de furt.* quasi delictum ex culpa. Unde non absurde Cel. Thomasius damnum injuria datum & veris & quasi delictis accenset: quamvis facta a potiore denominatione potius verum delictum dicatur. Add. *Elem. nostra Jur. secund. ord. Instit.* §. 1034. §. 1081. HEIN.

Quanti in diebus triginta) Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximus, tanti lis æstimatur, *dict. l. servus*, 27. §. *tertio*, 5. *eod.* qui excessus præsentis æstimationis hic pro pœna est: quæ levior in hoc capite, quam in primo, tamquam in delicto leviore.

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur?

15. *Ac ne plurimi quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adjectum fuisset: num plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit; contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa esset.*

COMMENTARIUS

HÆC verba, *quanti in diebus triginta proximis fuit*, etsi non habent, *plurimi*, sic tamen accepta sunt, *leg. quemadmodum*, 29. §. *ultim. hoc tit.* nimirum ut vox *plurimi* in primo capite posita, in tertio repetita intelligatur: & alioqui incerta esset damni ex hoc capite æstimatio.

Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, &c.) Rectius dixisset *legem jussit*, & mox, *eo verbo usus esset*, ut hic notat Hotomannus.

TEXTUS.

De actione directa, utili, & in factum.

16. *Cæterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipue corpore suo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut præcipitaretur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut rumperetur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel puteum descenderet, & is adscendendo, vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læsus fuerit, utilis actio in eum datur: sed si quis alienum servum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, & is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi potest: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, cum non sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*

NOTÆ.

16. *Si quis præcipue corpore suo*) Directa legis actio ita demum conceditur, si quis corpore suo damnum dederit, *l.* 51. *eod.* Directa actio hic intelligitur, quæ ex verbis legis, eoque quod scriptum est, descendit.

Qui alio modo, & utiles actiones) Quæ eædem & in factum: cæterum civiles, *l.* 7. §. 3. & 6. *l.* 9. *eod.* Actio quæ inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris non directa, sed utilis dicitur: quamquam vi & effectu a directa nihil differt, *l.* 47. §. *de neg. gest.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis actio legis Aquiliæ datur. Directam habere non possunt, quoniam in lege Domini tantum mentio fit, *l.* 7. *l.* 11. §. 8. *l.* 13. *hoc tit.*

Alie-

Alienum servum de ponte) Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit, aut continuo submersus sit, aut lassatus vi fluminis victus perierit, eum qui dejecit, ipsa lege Aquilia teneri: quemadmodum si quis puerum saxo illisisset, *d. l.* §. *pen.*

Ipsa leg. Aquilia) Ex ipsis verbis legis Aquiliæ ut directa in eum actio competat, ut recte interpretatur Theoph.

Neque corpus lapsum) Ubi corpus integrum manet, neque ex verbis directa, neque ex sententia utilis actio competit: ac proinde subsidiaria id factum opus est, *leg.* 33. *in fin. hoc tit. leg.* 7. §. *de dolo*, quæ a Prætore defectum legis supplente datur *leg.* 11. *de præscript. verb.*

Misericordia ductus) *Dict. l.* 7. *de dolo*. Intempestiva misericordia damnosa est. Similiter actione in factum tenetur, qui fumo facto apes fugaverit, vel etiam necaverit, *l.* 49. *eod.* Apes fumo abigi & necari notissimum est. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Directa actio quot modis dicatur?*
2. *Actio utilis quid? & qua ratione, quando, a quibus introducatur?*
3. *Directam actionem esse, tam quæ ex sententia legis descendit, quam quæ ex verbis: utilem, quæ tamquam ex sententia per interpretationem extensivam in factum, cui nec oratio, nec sententia convenit.*
4. *Utilem, quo tamquam ex sententia legis, & ipsam interdum in factum appellari.*

(1) Ut hic locus plene intelligatur, sciendum est, non uno semper & ejusdem oppositionis intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis a veteribus usurpari. Nam primum directa actio dicitur principalis opposita vel præparatoriæ, puta actioni, ad exhibendum, *l.* 3. §. *ibidem*, 13. *l. si quis*, 17. *ad exhibend.* vel contrariæ, ut actio directa commodati, depositi, pignoratitia, &c. vide nostra ad §. 2. *supr. quibus modis re contr. oblig.* §. 1. *supr. de oblig. quæ quasi ex contract.* Deinde actio ordinaria ex delicto, opposita noxali, directa quoque vocatur, §. *omnis*, 5. *infr. de nox. act.* Postremo directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quæ consideratio hujus loci propria est. (2) Utilis actio sic in universum describi potest, quod sit actio, quæ deficiente stricta juris actione, ex æquitate introducitur. Id vero fit bifariam: vel interpretatione Jurisconsultorum; vel etiam jure expresso, tum Prætorio, tum etiam civili æquitatem sectante. Actiones Prætoriæ in relatione ad jus civile strictum, omnes dicuntur utiles, tametsi aperte verbis edicti propositæ sunt, §. *namque*, 4. *Infr. de act. l. tutor*, 16. §. *ultim. de pign. action. l. electio*, §6. §. 2. *de nox. action. l.* 1. *de superfic. l. ultim. Cod. quibus ex caus. maj.* (3) Quamquam si jus prætorium absolute spectamus; quædam utiles appellari possent: directæ, quæ ipsis edicti verbis proponuntur: utiles, quas verbis cessantibus prudentum interpretatio induxit, *l. pen.* §. *ultim. de his qui def. vel eff.* ut apparet ex *l. nec quasi*, 70. *de rei vind. l.* 1. *l. si Ditio*, 22. *de pignor. l. in eum*, 19. *in pr. de instit. act. leg.* 5. §. *pen. de pec. const. l.* 1. *C. de precar.* Sed jus civile nonnumquam verbis expressis utiles tantum actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit, quominus directæ dentur; veluti si directæ jam sint apud alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos simul directa sit actio, aut ab eo, cui illa semel competere cœpit, avulsa in alium transferatur. Hinc est, quod ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve est, non directa, sed utilis actio rescriptis Inupp. datur, quia scilicet ex ratione juris directa penes venditorem, hæredem, donatorem manet, *leg. si cum*, 16. *de pact. leg.* 1. *C. de oblig. & act. l. ex legato*, 18. *C. de legat.* Pari de causa, quia ratio juris civilis non patitur, ut nostra conventione alteri actionem quæramus, quibusdam casibus hic utilis actio constitutionibus introducta est, *l.* 3. *C. de donat. quæ sub mod.* His autem casibus, & si qui sunt similes, demptis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis, eoque quod rescriptum est, descendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet, quod voluisse legislatorem constat, etiamsi id verbis aperte expressum non sit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expresse jubetur ejus damni æstimationem præstare. Illud non exprimitur, damnum tanti æstimandum, quanti interfit damnum datum non esse. Cæterum quia damnum sarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc sic acceptum est, quam scriptum esset, ejus omnis quod interest, æstimationem fieri debere; ac proinde etiam ejus nomine quod extrinsecus interest, directa ex lege actio competit, ut notavimus ad §. *illud*, 1. *supr. eod.* At vero ubi longius proceditur, atque ex scripto & sententia controversia orta, actio inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris; ea non directa, sed utilis est: quamquam vi & effectu juris a directa, non differt, *leg. propen. de neg. gest.* Quod si & verba & sententia legis deficiunt, hic prætor defectum legis, utilitate id exigente, supplere solet reddendo actiones in factum, *l. quia actionum*, 11. *de præscript. verb.* (4) Quæ omnia exemplis in textu illustrantur. Illud etiam hic obiter notandum, appellatione actionis in factum nonnumquam significari actionem illam utilem, quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus: ut videre est in *l. qua actione*, 7. §. *proinde*, 3. *l. item si*, 9. *in princ. l. item Mela*, 11. §. *sed si*, 8. *l. quemadmodum*, 29. §. *pen. hoc tit.* Proprio autem eo nomine designari actionem ab illa utili distinctam: quæ scilicet id factum persequitur, cui nec oratio nec sententia legis convenit, *dict. l.* 11. *de præscript. verb. leg. si servum*, 33. §. 1. *hoc tit. leg.* 7. *idem Labeo*, 7. *de dol. & hoc tit. in fin.* Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota subsidiaria est.

Si quis corpore suo) Add. *l. ita vulneratus*, 51. *in princ. hoc tit.*

§ Qui alio modo damnum dederit, utiles actiones,) Quæ eædem & in factum, cæterum civiles, *l. qua actione*, 7. §. 4. §. *Celsus*, 6. *l. item si*, 9. *fere per tot. tit. eod.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directam enim habere non possunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit, *dict. leg. qua actione in princ. leg. item Mela*, 11. §. *sed si*, 8. *l. liber homo*, 13. *pr. eod.*

Neque corpus læsum) Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est, secundum ea quæ jam dicta

ata sunt; *l.* 11. *de præscr. verbor. l. si servum*, 33. *in fin. hoc tit. l.* 7. §. *idem Labeo*,, 7. *de dolo.*

TITULUS QUARTUS
DE INJURIIS.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 10. *Cod. Lib.* 9. *Tit.* 33. *&* 37.

Continuatio, & argumentum Tituli.

QUarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, ex injuria seu contumelia. Quæ quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua pœna vindicetur, cum circumstantiæ eum augeant, quæ minuant & denique quomodo aboleatur, hic docebitur.

TEXTUS.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: specialiter alias contumelia, quæ a contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injustitia, quam Græci ἀπ' ἀνομίας καὶ ἀδικίας vocant: cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronunciat, injuriam accepisse dicitur.

NOTÆ.

Generaliter injuria) Ex Paulo *apud Rusin. tit.* 2. & Ulpiano *l.* 1. *hoc* tit. ubi JCtus ait, *injuriam ex eo dictam, quod non jure sit.* August. *Confess.* 3. *cap.* 8. *Sive per contumeliam, sive per injuriam.*

Cum judex non jure contra quem pronuntiat) Si judex inique sententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, *l.* 51. *de evict.* eum, qui sententia læsus est, injuriam passum dicimus, *d. l. hoc tit.* Judex autem injuriam facit, non is, secundum quem judicatum est; Aristot. 1. *magn. mor.* 34.

COMMENTARIUS.

OMne quod jure non fit) Quicquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, *l.* 1. *hoc tit.* ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, quod non jure fiat. Itaque omne factum, quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam late patet, quam industria: est enim effectus injusticiæ, quæ in affectu & habitu animi consideratur. Cicero in *Paradox. Quocumque aspexisti, ut furiæ, sic tuæ tibi occurrunt injuriæ, quæ te respirare non sinunt. Injuriæ*, id est, actiones injustæ, flagitia, peccata. Injuriæ, sic generaliter dictæ, Justinianus tres species hic commemorat, uti & Jurisconsultus in *dict. leg.* 1. contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem sententiæ: quibus tamen genus propositum non exhauritur. Sed de eo unusquisque pro arbitratu existimet. Adeundus omnino Aristot. *lib.* 5. *ethic.*

Specialiter alias contumelia) Specialim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in *hoc tit. l.* 5. §. 1. *ad l. Aquil. l. si unus*, 27. §. 2. *de pact.* ubi Paulus scribit actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significatu injuria sic ab auctore librorum *ad Herennium lib.* 4. *cap.* 25. definitur: *Injuria est, quæ aut pulsatione corpus, aut convicio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat.* Ergo sic injuria est omne dictum factumve ad contemptum, infamiam, aut dolorem alterius directum.

A contemnendo) Contumelia a contemptu, Seneca quoque auctore, dicta est: quia nemo nisi quem contempsit, tali injuria notat.

Alias culpa, sicut in lege Aquilia) Lex Aquilia injuriæ verbo vel maxime dolum malum intelligit: caterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum est, injuria factum existimat. Quod Aristoteles non ἀδίκημα, sed ἁμάρτημα appellaret: & ita foret legendum: quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abest. Atque hæc est secunda injuriæ species.

Non jure contra quem pronuntiat) Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si judex inique sententiam dixerit, eum, qui sententia læsus, injuriam passum esse dicimus. Quamquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantum cum judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, sed etiam cum per errorem aut imprudentiam, *leg. si per*, 51. *de evict.* effectu tamen juris inter hæc facta multum interest: & alterum vere maleficium est, alterum proprie non est, sed quasi maleficium ἁμάρτημα, utique: de quo vide *princ. tit. seq.* Illud huic loco contrarium non est, quod apud Paulum in *leg. pen. de just. & jur.* legimus, Prætorem quoque jus reddere, cum inique decernit. Nam, ut ipse explicat, dicitur hoc relatione facta, non ad id, quod Prætor fecit, sed ad illud, quod Prætorem facere convenit: sive nomine relato ad id, quod videtur, non quod est; πρὸς τὸ φαινόμενον, non πρὸς τὸ ὄν.

TEXTUS.

Quibus modis injuria fit?

1. *Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit; sed & si cui convicium factum fuerit; sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil debebit, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere: vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen (aut historiam) scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret: sive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatæ adfectatus fuerit: sive cujus pudicitia attentata esse dicitur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.*

NOTÆ.

1. *Matrefam. aut prætextatum*, &c.) Budeus, *in leg. alt. de Sen* Erat autem prætexta puerile vestimentum, *leg.* 23. §. 2. *de aur. & arg. & ingenuitatis insigne*, σύμβολα ἐλευθερίας, Philostrat. *in Herode.*

COMMENTARIUS.

1. *De quot modis injuria fiat?*
2. *Convicium quid, & an circa id verbis injuria fieri queat?*

3 *An & quando veritas conviciis excuſet injuriantem?*
4 *An eum revelet præfatio honoris?*
5 *Injuriam verbis factam verbis liceat repellere?*
6 *Famoſi libelli quam varia pœna?*
7 *Si inventor auctorem indicaverit.*
8 *Pœna capitali* leg. unic. C. de famoſ. libell. *quando locus?*
9. *Adſectari cur injurioſum?*
10. *Sermo prætextatus.*
11 *Cur injurioſa attentio pudicitiæ?*

INterpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem, & verbalem: eam, quæ ſcripto fit, alii ad realem referunt, alii & frequentius, ad verbalem: quod & Labeo feciſſe videtur, *l.* 1. §. *hoc tit.* & nos ſequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel lingua ſcilicet nuncupatis, vel ſcripto expreſſis. VINN. At poteſt etiam per picturam fieri injuria, ejuſque rei lepida proſtant exempla. Enimvero & hanc ad injurias reales referri poſſe nemo dubitaverit. HEIN.

Cum quis pugno pulſatus) Proprie injuria realis eſt, quoties manus inferuntur, *d. l.* 1. §. 1. (1) Sed illa reales cenſetur, quæ citra illationem manuum aut læſionem corporis infertur re, aut facto aliquo, quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti ſi quis vexandi cauſa aliquem in jus vocari curaverit, *l. injuriarum*, §. 3. *eod.* aut domum abſentis debitoris ſignaverit ſine auctoritate judicis, *l. ſi injuriæ*, 27. *eod.* cui ſimile, quod hic proponitur de bonis quaſi debitoris poſſeſſis: item ſi quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indiciis publice utatur, puta lugubri aut ſquallida veſte, aut ſi demittat barbam, ſubmittatve capillos, *leg. item apud*, 15. §. *generaliter*, 27. §. *veſtem*, 39. *eodem.* Cujac. 6. *obſerv.* 5. & alia hujuſmodi, quæ vel geſtu ad infamiam aut contumeliam alicujus compoſito fiunt, ἀρθεὶς ὑπ' ἐμοῦ τινος, οὐ λόγῳ ἀλλ' ἔργῳ τι κατὰ πάντ' ὀργὴν ἀσχέτου. Euſtath. *ad Odyſſ.* 9, add. Damnoud. *prax. crimin. cap.* 140. Theſaur. *dec.* 22. 9.

Convicium factum) *L. item apud*, 15. §. *ait prætor.* 2. & *ſeqq. hoc tit. l.* 5. *Cod. eod.* hæc injuria verbalis eſt. (2) Convicium auctore Ulpiano dicitur vel a concitatione, vel a conventu, hoc eſt, a collatione vocum. Nam cum in unum complures voces conferuntur, id *convocium* appellari ait, quaſi *convicium*. Atque ex eo apparet non omne maledictum convicium eſſe, ſed id ſolum, quod cum vociferatione dictum eſt, ſive unus, ſive plures, in cœtu dixerunt: quod autem in cœtu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dici, ſed infamandi cauſa dictum, *d. l. item apud*, 15. §. *convicium*, 4. & §. *ex his*, 11. *cum ſeqq.* Verum hanc etymologiam & definitionem Juriſconſulti reprehendit Laur. Vall. 6. *eleg.* 52. negans, uſquam apud probatos auctore reperiri hanc differentiam cuſtoditam inter convicium & maledictum. Inter quæ (ſi qua eſt) hanc fore ait, quod convicium eſt maledictum contumelioſum; nec utique vociferatione ſemper convicium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani *Inſtit. lib.* 7. *c.* 3. & Ciceronis; cujus verba in oratione *pro Cælio cap.* 3. hæc ſunt: *Maledictio nihil habet propoſiti præter contumaciam, quæ ſi petulantius jactatur, convictum: ſin facetius, urbanitas nominatur*. Atque ita quoque vox convicii uſurparur in *leg.* 5. *Cod. hoc tit.* Quicquid ſit, etiam verbis citra convicium injuria fieri poſſe conſtat: veluti ſi quis non debitorem quaſi debitorem appellaverit, *dict. leg. item apud*, 15. §. *ſi quis*, 33. *eod.* aut ſi quis puellam blandis verbis ſollicitet ad ſtuprum, *dict. leg. item apud*, 15. §. *appellare*, 20. VINN. (3) Conſulendus hic omnino Vir Clar. Carol. Andr. Duherus *de Latinis Juriſconſ. Vet. pag.* 191. HEIN. Tria fere hic quæri ſolent. Primum eſt, an veritas convicii excuſet injuriantem? Interpretes vulgo reſpondent, excuſare, ſi id, quod objicitur, tale eſt, ut publice interſit illud ſciri: veluti ſi quis latro, homicida, adulter, ſacrilegus appelletur: neque pertinere reſponſum juriſconſulti in *l. eum qui*, 18. *in princ. hoc tit.* ubi ait, eum, qui nocentem infamavit, non eſſe bonum & æquum condemnari: peccata enim nocentium nota eſſe oportere & expedire. Hoc autem vel maxime procedet, ſi infamaverit apud magiſtratum; quoniam tum omnino præſumitur feciſſe, ut ſuper objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquiſitio inſtitueretur. Alias ſi ex circumſtantiis animus injuriandi adfuiſſe arguatur, veluti ſi in rixa id fecerit odio impulſus, petulantiam iſtam impunitam relinqui non debere, *l.* 3. *C. de off. rect. prov.* Si autem quod objicitur innoteſcere nihil intereſt, puta ſi alter pœnam delicti ſui ſuſtinuerit, aut ſi vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luſcus aut gibboſus vocetur, veritatem convicii non excuſare, quominus animo injuriandi id factum præſumatur: contrarii tamen probationem his admittendam, *arg. leg.* 5. *Cod. eod.* Ita ferme Gomez. 3. *reſol.* 6. *num.* 2. Mynſing. 4. *obſerv.* 4. Gail. 2. *obſerv.* 99. Covarruv. 1. *reſol.* 11. *n.* 6. & 7. Clar. *lib.* 5. §. *injuria num.* 15. Weſemb. *parat. n.* 8. Atque hanc diſtinctionem paſſim in judicando tradit Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 202. *n.* 32. add. D. a Sande *lib.* 8. *defin.* 7. (7) Alterum eſt, ut injuriantem relevet præfatio bonoris aut proteſtatio non animo injuriandi, veluti ſi quis dicat, tu es mendax, abſit dicto contumelia, aut ſalvo honore tuo. Communis ſententia eſt, non relevare, quia proteſtatio contraria facto nihil operatur: atque ita etiam pronunciari ſolet, vid. Gall. 2. *obſerv.* 101. *num.* 1. Guid. Pap. *deciſ.* 465. *in fin.* Covarruv. 1. *reſol.* 11. *num.* 1. Clar. *lib.* 5. §. *injuria*, 13. Anton. Faber. *God. ſuo hoc tit. deciſ.* 1. *num.* 3. (5) Tertium eſt, an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere: quippe ignoſcendum ei, qui ſe ulciſcitur provocatus, *argum. leg. qui eum*, 14. §. *ſi libertus*, 6. *de bon. libert.* Cæterum non quibuſcumque verbis injuriam illatam repellere fas eſt, non iis quæ ad vindictam tendunt, ſed tantum quæ pro defenſione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, quia vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipſe es latro aut fur: quoniam hoc tendit ad vindictam: at impune dici poterit, tu mentiris, cum hoc tendat ad defenſionem honoris & innocentiæ, vid. Mynſing. *cent.* 5. *obſerv.* 17. Gail. 2. *obſerv.* 100. Tulden. *in C. hoc tit. n.* 4.

Sive cujus bona quaſi debitoris) Quia cujus bona ex edicto poſſidentur, ejus facta & exiſtimatio cum bonis ſimul poſſidetur, ut ait Cicero pro *Quint. cap.* 15. Eſt autem hæc injuria realis, cui ſimilis ſpecies eſt quæ proponitur in *leg. ſi injuriæ*, 20. *hoc tit.* Ait, *ab eo qui intelligebat*, nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non fit ſine propoſito [& affectu facientis, *leg.* 3. §. 1. *hoc tit.*

Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen) Ad injuriam verbalem cum pleriſque retulimus etiam eam, quæ ſcriptura fit: cujus ſpecies atrociſſima eſt famoſus libel-

libellus, sive, ut veteres locuti sunt, malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur ex eo, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam hujusmodi scripta affigi soleant. Pœna mali carminis ex lege duodecim tabularum capitalis fuit: Et apparet ex loco Ciceronis 4. *de republ.* quem citat August. 2. *de Civ. Dei c.* 9. *Nostræ*, inquit, *XII. Tabulæ, cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque faciendam putaverunt si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri. Præclare.* (6) *Judiciis enim ac magistratuum disceptationibus legitimis propositam vitam, non Poetarum ingeniis, habere debemus, nec probram audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, & judicio defendere.* Sed pœna capitis postea sublata videtur: nam lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse jubetur, *l.* 5. §. *si quis*, 9. *hoc tit.* ubi Ulpianus scribit: *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quidem eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, de re injuriarum agere licere, & si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilem ex lege esse juberi.* Novissime id iterum capite sancitum posteriorum Principum constitutione, quæ extat in *l. unic. C. de famos. libell.* qua constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum protulit. Quid ergo si auctorem indicavit? (7) Idem adhuc dicendum censet Salicetus in *d. l. un.* quem sequitur Schneid. *hic n.* 5. non quod auctorem edens puniatur, quasi ipse auctor sit, sed ob delictum proprium: quippe utrumque flagitiosum esse & componere famosum libellum, & publicare. Verum hoc aliis displicet, merito. Nam illum demum lex punit, quem auctorem esse præsumit. Indicanti vero auctorem etiam præmium alibi decernitur, *l.* 6. §. *ult. hoc t.* ita ut hoc recte factum compenset invidiam non aboliti Scripti: cum nec convinci auctor possit, si scriptum aboleatur, ut disputat D. Tuld. *hic c.* 3. (8) Cæterum tum demum pœna capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni locus est, ut eadem animadversione coerceatur auctor, qua coerceri meretur crimen illud, quod in libello objicitur. Alias vero mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicat, secundum Gloss. Petr. Cyn. Salic. Angel. in *d. l. unic.* Joann. de Plat. & Schneid. *hic* Gomez. 3. *resol.* 6. *n.* 1. Christ. *vol.* 4. *dec.* 202. *n.* 36. Quod autem D. Wesemb. in *add. ad Schneid.* notat, pro famoso libello eam solum scripturam haberi, in qua objicitur speciale, certum, & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii; sin autem nullum tale crimen objicitur, sed aut contumelia aliqua, qua existimatio lædituri, ut si quis spurius in scripto nominetur; aut in genere criminis arguatur, veluti si appelletur flagitiosus, sceleslus, nebulo, &c. libellum famosum non esse, sed simplicem scriptam injuriam: id, si quidem vim rerum nominumque spectes, perperam dicitur. Non male autem, si consideres, quod hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quam si certum & capitale crimen objiciat. Jus Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei & excommunicationem, *c.* 1. & *c.* 5. *quæst.* 1. Atque hodie generali consuetudine pœna famosi libelli capitalis esse desiit. Clar. §. *final. quæst.* 68. *num.* 25. & Bajard. *in add. ibid. num.* 64. & *seq.* Zypæ. *not. jur. Belg.* Gronevv. *de leg. abrog. Cod. de famos. libell.* Perez. *ibid. in fin.*

Qui matremfamiliam aut prætextatum prætextatamve affectatus) Affectator, qui tacitus frequenter sequitur. (9) Assidue enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam, Ulp. *l. item apud* 16. §. *aliud*, 22. *h. t.* Quibus verbis meo judicio Jurisconsultus significat, affectationem propterea turpem esse, quia videtur quis quasi scortum sectari. Nam & hodie quoque solent homines improbi, dum sugillare volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico eis adumbulare, quasi scortum ad locum constitutum sectantes. Materfamilias dicitur quælibet mulier honesta, sive nupta, sive vidua, *l. pronunciatum*, 46. §. 1. *de verb. signif.* Prætextati dicebantur, quod fiebat usque ad annum decimum septimum: quo tempore togam virilem sumebant, deposita prætexta puerili: ut meminit Cicero in *proœmio Lælii*. Hinc ætas prætexata Gellio *lib.* 1. *noct.* c. 23. mores prætextati Juveniali *saty.* 2. *vers. ult.* sermo prætextatus: qui aliis est sermo aperte obscœnus (10) Sueton. *in Vespas.* c. 22. Macrob. 2. *Saturnal.* 1. aliis qui nihil obscœnitatis habet. Prætextatum enim sermonem quidam ab eo dictum putat, quod prætextatis nefas sit obscœno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depositis prætextis a multitudine puerorum obscœna clamentur, auctore Festo. Vide Budæum ad *leg. ult. de senat.* Joann. Britan. *in d. satyr.* 2. *vers. ult. Sic prætextatos referunt Artaxata mores.* Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & inuptæ a prætextis, quas nubentes deponebant. VINN. Injuriam quoque facere dicitur, qui a prætextato vel prætexrata comites abduxerit, *l.* 15. §. 17. *hoc tit.* de quo contumeliæ genere Casaub. *ad Pers. Satyr.* 5. *vers.* 30. HEIN.

Pudicitia attentata) (11) Attentari pudicitia alicujus dicitur, cum id agitur, ut ex publico impudicus fiat, & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur, *l.* 9. §. *ult. cum l. seq. hoc tit.* Ut ecce si quis puellam aut matronam sollicitet ad stuprum, injuriam ei facit; hoc enim ipso significat, se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisse. Prætor appellandi verbo usus est, ut apparet ea *d. l. Item apud* 15. 1. *appellare*, 20. & §. *aliud*, 22. Appellare, ait ibi Jurisconsultus, est blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non est convicium facere, sed alia verbalis injuria.

TEXTUS.

Qui & per quos injuriam patiuntur? De parente & liberis, viro & uxore, & socero, & nuru.

2. *Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam, id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est, Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.*

COMMENTARIUS.

PAtitur quis injuriam non solum directo per se, sed etiam oblique per alias personas. Per alios patiuntur, pater per liberos, quos in potestate habet; dominus

minus per servos: maritus per uxorem; socer per nurum, cujus vir in potestate ejus est. Etenim ad nos quoque spectat injuria, quæ iis fit, qui vel potestati, vel affectui nostro subjecti sunt, *l.* 1. §. 3. *hoc tit.* Injuria funeri testatoris vel cadaveris post aditam hæreditatem ficta, hæredi quodammodo facta censetur. Semper enim hæredis interest defuncti æxistimationem purgare. Idemque est, si fama ejus, cui hæredes extitimus, lacessatur. Si vero id ante aditam hæreditatem fiat, magis post hæreditatem acquiritur, *d. l.* 1. §. *& si*, 4. *& §. quoties*, 6.

Per liberos quos in potestate) Hic immediate ipsis liberis fit injuria, & mediate per liberos patri, qui & suo & liberorum nomine injuriam agit. Nam & ipsi quoque filio injuria fieri dicitur, persecutio tamen injuriæ patri tantum datur, non filio: nisi pater aut præsens non sit, aut si vilis objectæque conditionis persona, *l. sed si*, 17. §. *ait Prætor*, 10. *cum §§. seqq. l. pater*, 41. *h. t. l.* 2. *C. eod.* addo tertium, nisi pater præmortuus sit. Itaque quod dicitur in *l.* 1. §. *ult. eod.* filiæfamiliæ actionem competere, sic accipiendum est, ut tamen solus pater eam suo jure exerceat. Quod ex eo etiam intelligitur, quod pater illatam filio injuriam remittere & condonare potest, *d. l. sed si*, 17. §. *plane* 12. Plane ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, sed ipse filius; patri autem Prætoria actio competit *l.* 5. §. *illud*, 6. *& seq. eod.* Usque adeo autem injuria, quæ liberis nostris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiamsi illi ultro quid injuriosum patiantur, adhuc tamen nostro nomine eam injuriam persequi nobis liceat, *d. l.* 1. §. *usque*, 5. *l. si quis* 26. *eod.*

Per uxorem) Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideo non tantum uxor, si sui juris est, injuriam sibi factam exequi potest; sed etiam maritus suo nomine agere tamquam per latus uxoris sibi quoque simul injuria illata sit, *l.* 1. §. *ult. non solum* 11. §. *quamquam* 7. *l. cum qui*, 18. §. 2. *eod.* quod in sponso quoque & sponsa receptum est, *l. item apud*, 15. §. *sponsum*, 24. *eod.*

Filia alicujus, quæ Titio nupta) Hoc igitur exusa injuria tribus personis actio nascitur, Titio marito, uxori Titii, & patri uxoris, neque illius actio per alium consumitur, *d. l.* 1. §. *ult.*

Uxor injuriam agere non potest) Si viro facta sit injuria, uxor non agit, *l.* 2. *eod.* Cujus rei causa hæc esse videtur, quia uxores virorum, non contra viri uxorum dignitatem participant, *leg.* 8. *de senat.* Quare qui uxoris dignitatem violat, simul mariti dignitatem, quæ in ea inest, violare intelligitur: non contra: ὅτι ὁ ἀνὴρ ἐστὶ κεφαλὴ τῆς γυναικός. *Paul. ad Ephes. cap.* 5. *vers.* 23. Plane si injuria marito facta directa quoque tendat ad contumeliam uxoris, veluti si quis maritum appellet lenonem uxoris suæ: hoc casu etiam uxori actionem competere statuunt Interpretes. VINN. Hæ rationes hodie non malæ sunt, originem tamen hujus juris non indicant, videtur potius ex iisdem rationibus marito actio data ob injuriam uxori illatam, ob quas patri data propter injuriam filiosamiliæ factam. Uxores enim vetere jure fuisse loco filiarumfam. jam alibi demostravimus. Vid. *Antiq. nostr. Rom.* 1. 96. *pag.* 135. Sed postea rejecto hoc principio, conclusio mansit, quemadmodum mansit prohibitio donationum inter virum & uxorem, ex eodem principio derivanda. HEIN.

Sed & socer, &c.) Itaque nomine injuriæ factæ filiæfamil. nuptæ filiosam. quatuor personæ actionem habebant, illa ipsa, pater ejus, & maritus, & socer. Per *hunc text.* contra quem socero actionem denegat D. Tulden. *cap.* 9.

TEXTUS.

De servo.

8. *Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores: sed ita tum quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domino respicit: veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit: & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convicium fecerit, vel pugnum eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.*

COMMENTARIUS.

DUO hic docemur. 1. Servis, qua servis, non intelligi injuriam fieri; adeo contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuisse. Proinde si servo convicium factum sit, aut pugnus impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, *l. item apud*, 15. §. *itaque*, 44. *h. t.* 2. si quid atrocius in servum admissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respiciat, dominum suo nomine injuriam agere posse, quasi hic non servo, sed ipsi domino injuria illata sit: *d. l. item apud* 15. §. *si quis* 35. Ex quibus efficitur, leviorem injuriam servo factam, veluti si leviter percussus sit, vel maledictum ei leviter, ad fugillationem domini factum non videri: alioqui utique domino actio daretur, *d. l. item apud*, 35. junct. §. 44. Deinde ne atrociorem quidem vindicari, nisi appareat, eam servo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficit summi juris ratio quo servi pro nullis habentur. Cæterum Prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus, graviorem injuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini inutilem non reliquit. Et esset sane perabsurdum, inultum prorsus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi, *d. l. item apud*, 11. §. *Prætor*, 34. *cum seq. & §. Prætor*, 43. *cum. seq.*

TEXTUS.

De servo communi.

4. *Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.*

NOTÆ.

4. *Ex dominorum persona*) Par enim absurdum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari, veluti si unius sit senator, alter persona humilis, §. 9. *infr. eod.* Nec obstat *l.* 16. *eod.* Vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

OB injuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorum actio datur. Cujus

Cujus rei summa æquitas est: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere par est. Denique si ubi major est dignitas, ibi major & atrocior injuria infertur, §. *atrox. 9. infr. eod.* iniquum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari. Quod si alterius injuria major est, (cum forte is senator sit, alter persona humilis), majorem quoque pœnam statui oportet. Neque obstat, quod ex Pedio Paulus refert in *l. sed non, 26. eod.* non esse æquum in casu proposito pro majori parte condemnationem fieri, quam pro qua quisque dominus est: quoniam ibi non quæritur, utrum ex persona dominorum injuria æstimanda sit, an pro portione dominica; sed utrum id, quod in fine legis præcedentis dictum erat, omnes dominos actionem habere, sic accipiendum sit, ut omnes habeant in solidum, an pro parte dominica dumtaxat: & respondetur, actionem quidem omnes habere, sed non pro majori parte, quam pro qua domini sunt. Ex quo minime efficitur, in æstimanda ea portione, personam & qualitatem dominorum non simul spectari: immo verba Pauli contrarium arguunt, cum portiones officio judicis æstimari dicit.

TEXTUS.

De servo fructuario.

5. Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.

COMMENTARIUS.

SI servo injuria facta sit, in quo unus proprietatem, aliter usumfructum habet, magis est ut proprietario injuria facta intelligatur, quam ei qui habet usumfructum, *d. l. item apud 16. §. pen. eod.* Quod enim ususfructus alienus est, id non efficit, quo minus res tota adhuc nostra esse dicatur, *l. recte, 25. de verb. sign.* sed hoc obtinet in re dubia servoque atroci injuria affecto. Nam si aperte in contumeliam usufructuarii verberatus sit, usufructuario injuriarum actio datur, *Dict. l. item apud 15. §. pen. eod.*

TEXTUS.

De eo qui bona fide servit.

6. Sed si libero homini, qui tibi bona fide serbit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi contumeliam tuam pulsatus sit. Tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.

COMMENTARIUS.

SI iis, qui nobis bona fide serviunt, injuria facta sit, siquidem liberi sunt, nulla nobis actio competit, sed ipsi suo nomine experiri possunt: sin servi alieni, dominus injuriarum agit. Sed hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino, sed nobis actio datur, *d. l. item apud, 15. §. antep. & pen. eod.* His consequens est, ut si famulo, mercenario, procuratori, vel subdito alicujus injuria facta sit, dominus ex hac injuria non aliter agere possit, quam si in ejus contumelia illata sit, verbi causa, mandata ejus exponentibus vel exequentibus. Gom. 3. *resol. 6. num. 6.* Sohneid. *hic n. 2.* Tulden. *cap. 9.*

TEXTUS.

Pœna injuriarum ex Leg. XII. Tabularum & ex jure Prætorio.

7. Pœna autem injuriarum ex Lege 12. Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea Prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, tam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex Lege 12 Tabularum introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem Prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis & in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito ejus æstimationis constituatur.

NOEÆ.

7. In desuetudinem abiit) Cujus desuetudinis causa fuit Veratius homo insigniter improbus, qui viginti quinque assibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare, Gell. *noct. lib. lib. 20. cap. 1.*

COMMENTARIUS.

1 Qui quarum injuriarum pœna ex Lege 12. Tabularum.
2 Instituto Prætorum quomodo injuriæ vindicentur?

(1) INjuriæ & legibus coercentur & edicto Prætoris. Lex antiqua XII. Tabularum de omni injuria nominatim cavit, de carmine seu libello famoso, de membro rupto, de osse fracto, deque cæteris injuriis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossisve ruptionem, ut constat ex Gellio *lib. 20. noct. 1.* & Paulo *lib. 5. sent. 4.* De pœna famosi libelli dictum superius §. 1. *h. t.* Ob membrum lex pœna talionis constituit; ob os fractum, pecuniarum, uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus sanxit; nam atrociores, ut de osse fracto, impensiore damno vindicasse, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius testatur: cui & Justin. consentit; sed neuter summam exprimit. Putat Hotomannus, hujusmodi injuriam in homine libero trecentis assibus: in servo centum & quinquaginta vindicatam: alii tot sestertiis pœnæ fuisse autumant. Sed non est quod de eo solliciti simus: quoniam pœnæ legis 12. Tabularum diu exoleverunt, aliaque pœna a Prætoribus substituta est, de qua mox videbimus. Cæterum & lex Cornelia, quæ manu fiunt, injurias coercet, vid. §. *sed.*

Talio erat) Talio similem seu reciprocam perpessionem significat. Impp. dixere reciprocam pœnam, *l. 3. C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit; quod etiam legi Mosaicæ consentaneum est, *Exod. 21. Levit. 22. Deut. 19.* Joseph. *antiq. 4. cap. 6.*

cap. 6. Insectatur hanc pœnam ut iniquam nimisque acerbam & cujus executio ne procedere quidem posit, Phavorinus Philosophus apud Gell. lib. 20. cap. 1. Cui occurrens Sextus Cæcilius ait, necesse non fuisse, ut reus talionem pateretur, nisi eam ipse elegisset, quippe qui ex lege facultatem paciscendi habuerit. Sed & talionem ipsam, si reus depaciscí nollet, & acerbitatem talionis metueret, ad æstimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi necessatio solitam. Nam si reus, qui depaciscí noluerat, judici talionem imperanti non parebat, æstimata lite in pecuniam damnatur: atque ita si reo & pactio gravis & acerba talio visa fuerat, severitatem legis ad pecuniæ multam rediisse. Verba legis hæc sunt: Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto. Testibus Gellio dict. loc. & Festo in verbo Talio.

Propter os fractum) Singula ossa membrum non constituunt. Nam, verbi gratia, caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. Itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

Nummariæ pœnæ) Uti & ob cæteras injurias minus atroces: sed pœna ossis fracti longe gravior erat, quam reliquarum, quæ tantum viginti quinque æris fuit, ut supra demonstravimus.

In magno veterum paupertate) His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuisse valde graves: cæterum magnas satis veteribus invisas in magna rei nummariæ penuria. Unde Dom. Tuldenus se aliquando respondisse refert, multas quæ antiquis urbium Belgicæ constitutionibus adversus percutientes aut vulnerantes aliquem diriguntur, hodie non obtinere. Nam apud majores nostros ut aliarum rerum beatam & facilem copiam, ita nummorum longe quam hodie minorem fuisse. De maximo veterum Romanorum sub Servio Rege censu, vid. Dion. Halicarn. *lib.* 1. Gell. *lib.* 11. *c.* 1. Plin. *lib.* 18. *c.* 3.

Sed postea Prætores) Injuriarum pœna instituto Prætorum prius ei, cui facta est, deinde arbitrio judicis æstimanda permittitur; ut scilicet is, qui injuria est affectus, ita dicat: *Injuriam mi factam centum aureis æstimo*, Judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hac pœna recepta, legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium *d. lib.* 20. *cap.* 1. refert, fuisse quendam Lucium Veratium hominem insigniter improbum, qui pro delectamento habebat, os hominis liberi manus suæ palma verberare: cum secutum servulum crumenam assium plenam portitantem, & quemcunque depalmaverat, ei numerari statim secundum XII. tab. 25. asses jubebat. Propterea, inquit, Prætores hanc pœnam abolescere & relinqui censuerunt, injuriisque æstimandis recuperatores se daturos edixerunt.

Secundum gradum dignitatis vitæque honestatem) Æstimatio injuriæ pro ratione personæ, cui facta est, relationem submissionemve accipit. Idque in persona servi quoque locum habere, tradit hic Justinianus. Nimirum injuriam etiam servo factam pro honestate aut vilitate muneris, cui a domino præpositus est, aut vitæ morumque, pluris aut minoris æstimari: majorem enim domino injuriam fieri intelligi in servo bonæ frugi, in dispensatore, quam in male noto, in mediastino, aut quali quali, *leg. item apud*, 15. §. *itaque* 44. *hoc tit.*

TEXTUS.

De Lege Cornelia.

8. *Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberantumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, sed non publicum constitutum fuisse.*

TRes sunt causæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introita sit, *l. 5. hoc tit.* Nam etsi actio Prætoria ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, *leg. 7. §. 1. & 2. eod.* quam quæ verbis fiunt, eam tamen non nisi civiliter instituere licebat. (1) Ex lege autem Cornelia criminale judicium constitutum est: quamquam postea receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi possit, *l. constitutionibus* 37. §. 1. *eod.* Publicum fuisse judicium quidam putant, sed hoc refellit, *l. licet*, 42. §. 1. *de procur.* & quod generaliter traditum est in *l. 7. C. h. t.* causam injuriarum non publici judicii, sed privati querelam continere: ideoque nec inter publica judicia vel in *l. 1. de publ. judic.* vel in *tit. ult. hujus libri* numeratur. Utique ex eo quod in *l. 22. in fin. de accus.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur, judicium illud publicum fuisse, executionemque injuriæ, tamquam delicti publici patuisse omnibus, quod est proprium judiciorum publicorum. Legem hanc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore rempubl. constituebat, bello civili & cædium impunitate ac proscriptione jactaram.

Pulsatus vel verberatus) Ofilius scribit, *verberare* esse cum dolore cædere, *pulsare*, sine dolore, *d. l. 5. §. 2. hoc tit.* Latinæ autem linguæ consuetudinem qui spectat, facile observabit, differentiam illam non perpetuo servari. VINN. Aliquando tamen & veteres auctores distinguunt τὸ *pulsare* & τὸ *verberare*, tamquam minus & majus. Vide Vir. Cl. Car. Andr. Duker. *de Lat. Vet. Jur. pag.* 147. HEIN.

Domum autem accipimus) In lege Cornelia domus nomine etiam conducta & precaria & hospitalis intelligitur, *d. l. 5. §. 2.* unde hæc descripta sunt. Denique ad domos omnes lex pertinet, in quibus qui non inomenti causa inhabitat, licet ibi domicilium non habeat: tantum enim ad meritoria vel stabula non pertinet, *d. l. 5. §. si tamen 5. eod.*

TEXTUS.

De æstimatione atrocis injuriæ.

9. *Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus: vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu Prætoris injuria facta sit: vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patro-*

patronove fiat a liberis vel libertis. Aliter enim senatoris & parentis patronique, aliter extranei & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnumquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrisfamilias an filiosfamilias talis injuria facta sit: nam & hæc atrox injuria æstimabitur.

COMMENTARIUS.

1 *Pœna injuriæ, magistratui, officiali, aut apparitori factæ, quatenus extendatur ex sententia Interpretum?*

INjuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligetur. (1) Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiorem & majorem, *l. 7. atrocem 7. hoc tit.* eaque vel species talis est, reque ipsa & facto; vel ex circumstantiis, loco, tempore, persona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per se atrox non sit, *d. l. 7. §. ult. cum l. seqq.* Atque ex his causis injuriæ æstimatio augeri potest, & pœna judicis arbitrio exasperari. Exemplis res illustratur in textu.

Vel ex facto) In æstimanda atroci injuria primum factum perpenditur, veluti si vulnus illatum sit, si quis fustibus cæsus, aut cui os percussum, *dict. leg. 7. in fin.* vel si vestimenta scissa, aut insigne alicui convicium factum, &c. *l. 9. fere per tot. eod.* Itaque pro atrece & illa habenda, quæ fit malo carmine. Liban. *orat. 2. ad Theod.*

Vel ex loco) Secundo æstimatur atrocitas injuriæ ex loco, in quo fit, veluti si in theatro alicui injuria fiat, quantumvis per se non atrox. Nam in tanta celebritate vel qualiquali contumelia aliquem afficere, facinus est indignissimum. Idem ergo dicendum est de foro & similibus locis, *hoc text. & d. leg. 9. §. 1. eod.* & denique si injuria facta sit in ludis aut in conspectu magistratus: quæ ad circumstantiam temporis referuntur in *d. l. 7. §. ult. eodem.*

Vel ex persona) Postremo & personæ reverentia atrocem injuriam facit; veluti si ei inferatur, qui est in sacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta præfert, *l. 4. C. hoc tit.* vel si liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant, vel de plebe aliquis senatorem, virumve ob sapientiam & virtutem venerabilem, aut si magistratui injuria fiat, *hoc text. & d. l. 7. §. ult.* Tertullianus, *de animo. Gravis injuria in præsidem est, cum officia pulsantur: plus cæditur qui jubet, quando nec qui obsequitur, excusatur.* Hanc autem injuriam etiam capitali pœna posse compesci, consent Decius in *c. ex litteris 11. §, de const.* Menoch. *de verb. cas.* 239. (11) quamquam alii interesse putant utrum magistratui, ut cuilibet, an qua magistratui, id est, ad turbandam administrationem officii, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogatæ, aut ad seditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in seditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus pœna est deportatio *l. 3. l. qui dolo 10. per tot. ad l. Jul. de vi publ.* quibus assentior. Vide Tuld. *tit. C. de pœn.* Offendens apparitorem sive principis, sive senatus, sive alterius domini aut judicis inferioris, gravissime puniendus est, quod ea res ad publicam tranquillitatem tuendamque magistratuum jurisdictionem pertineat. Sed tamen ex causa aliter atque aliter statui solet, vid. Anton. Fab. *Cod. suo, hoc tit. defin. 6.*

(*Locus vulneris*) Interdum atrox injuria censetur ex loco ictus, veluti si quis in oculo percussus fuerit, *l. 8. eod.* Nam oculi, ut Plin. *lib. 11. cap. 37.* ait, sunt pars corporis pretiosissima, qui lucis usu vitam distinguunt a morte, ὁ ὀφθαλμὸς σίγουρος ἀβίωτον αἰῶνα ἐργάζεται. Basil. *orat. 36.* Sed hæc species ad primam referri potest, quæ scilicet ipso facto atrox est.

Utrum patrisfam. an filiosfam.) Utrum injuria patri an filiosfam. facta sit, ad augendam aut minuendam injuriæ æstimationem nihil interest *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Cujus rei hæc ratio esse videtur, quod patris aut filiifam. nomen non est nomen dignitatis.

TEXTUS.

De judicio Civili & Criminali.

10. *In summa, sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et siquidem civiliter agatur, æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere secundum ejus tenorem, qui ipsa manifestius apparet.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem esse, non criminalem.*
2 *In actione criminali pœnam extra ordinem constitui. Civili electa, hanc consumi, & contra.*
3 *Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat? Ubi quædam consuetudine recepta.*

QUemadmodum de furto, aliisque maleficiis non tantum civiliter agi potest, sed etiam criminaliter, *l. ult. de furt. l. ult. de priv. del.* ita etiam de quavis injuria, *h. text. l. ult. cod.* In actione civili postulat actor, ut reus in tantam summam condemnetur, quantam ipse injuriam æstimat. Cæterum judex eam æstimationem moderari potest, si forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, sed ut plerumque fit, ex nimio amore, & opinione sui nebulam hic etiam objiciente iracundia: *§. pen. 7. sup. eod.* (1) Hæc autem pœna uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis Prætoria sit ratione causæ efficientis. Porro quoniam opinione vulgi conviciis, maledictis, exprobationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrii restitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quæ cum actionem injuriarum, quæ multa pecuniaria peritur, nunc ex more seu stylo conjungi & cumulari solet: nam jure civili Romanorum ea actio incognita est. Vir Clarissimus Ant. Matth. *ff. ad hunc tit. cap. 3. n. 7.* criminalem hanc esse actionem contendit. Marant. *part. 4. dist. 1. num.* 10. Sed falso. Neque enim in hoc instituitur, ut vel corpori pœna infligatur, vel quicquam applicetur fisco; sed tantum ut honori & existimationi ejus, qui læsus est, consulatur, alioqui æmulatio ista non admitteretur. Mynsi. 2. *observat.* 98. Gail. 1. *observat.* 65. Wurmsi. 1. præt.

tit. 47. *observ.* 8. Criminali actione poscitur, vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio judicis pœna constituitur, reusque coercetur vel in corpus, vel irrogatione multæ, non parti, ut fit in judicio civili, sed fisco applicandæ, *hoc text. d. l. ult. cod.* Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit: quia utraque ad eumdem finem, id est, ad vindictam comparata est, *l. 6. & 7. §. 1. eod. l. unic. C. quand. civil. act. crim.* & ibi Bart. *n.* 2. Gail. *de observ. n.* 1. Marant. *d. dist. n.* 5. Matth. *d. loc. n.* 8. Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *l. 4. in princ. hoc tit. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf. l. non damnatos* 18. *C. eod.* Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, si curet, ut per procuratorem defendatur, *l. 6. §. 2. d. tit.* fac ratio in *l. 1. C. de sentent. & interl.* (2) Addunt ergo Interpretes, si ante sententiam definitivam aut utique ante litem contestatam æstimationem injuriæ solverit, aut auctore nolente recipere apud acta deposuerit, *argum. l. si reus* 73. *de proc.* Gail. 2. *observ.* 102. *num.* 12. & *observ. seq. per tot.* Wurmser. *d. tit.* 47. *observ.* 5. *n.* 7. Wesemb. *parat. de his qui not. infam. num.* 9. Christin. *vol.* 4. *decis.* 202. *num.* 26. Quod nescio an juri nostro consentaneum sit. Nam textus in *d. l. si reus* 73. *de procur.* commode accipi potest de iis, qui tantum damnati infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in causa injuriarum, cum etiam plus sit solvere, quam paciscì, *arg. l. 4. §. ult. cum l. seq.* junct. *l. 7. de his qui not. inf.* Illud quoque non ex ratione juris, sed consuetudine receptum est, ut judex ex causa sententiæ suæ honorem condemnato conservare possit. Gail. 1. *observ.* 65. *num.* 6. Wesemb. *consult.* 12. *n.* 26. Marq. Freher. *de existim. lib.* 3. *cap.* 8. & *seq.* Christ. *vol.* 4. *n.* 20. *dec.* 202. Equidem non ignoro, juris esse, ut gravior pœna ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententia de existimatione conservet, transactum sit, *leg. quid ergo* 13. *§. pen. de his qui not. infam. l.* 4. *C. eod.* Cæterum si sententia pœnam ordinariam non excedat, valet legis auctoritas, *l. 1. §. quoniam* 4. *ad SC. Turp.* & regula tradita in *l. non poterit* 63. *de furt.* Zas. *in l. acta* 45. *§. de ampliandis. de re judic.* Donell. 18. *comm.* 8.

Viri illustres & per procuratores) Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriam & per se & per procuratorem potest, *l. non solum* 11. *§. 2. hoc tit.* criminaliter non potest, nisi per se, propter inscriptionem in crimen. Cæterum Zeno constitutione sua illustribus, veluti consulibus & patriciis, & superillustribus personis, specialiter permisit, ut injuriarum judicium per procuratorem etiam criminaliter vel suscipere vel movere possint, *l. ult. Cod. hoc tit.* De consuetudine autem Belgii in causa injuriarum procuratores indifferenter admitti testatur Christ. *vol. dec.* 202. *n.* 7. Bos. *in l. litem* 42. *§. 1. de procur.* VINN. Et id ubique observatur, partim quia inscriptio hodie cessat; partim quia non amplius aliquis usus est dominii litis. Cessante autem causa unica & adæquata, effectum etiam cessare oportere palam est. HEIN.

TEXTUS.

Qui teneatur injuriarum?

12. *Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit, uti cui mala plagis percuteretur.*

COMMENTARIUS.

ACtio injuriarum non solum adversus eum datur, qui re ipsa injuriam fecit, verum adversus eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret, *l. non solum* 11. *princ. hoc tit.* puta, mandando, instigando, consilium dando, *d. l.* 11. §. 3. Add. quæ notamus ad §. *illud* 8. *sup. de mand.*

TEXTUS.

Quomodo tollitur hæc actio?

12. *Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.*

COMMENTARIUS.

1 *Remissa injuria adhuc peti posse impensas, &c.*
2 *Cur dissimulatione injuria aboleatur?*
3 *An idem obtineat & in reali injuria?*
4 *Plures species tacitæ remissionis: inter eas non esse communionem cœnæ dominicæ.*
5 *Annus in actione injuriarum utiliter intelligendus, an continuus: & ex quo tempore curratur?*
6 *Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam esse.*

INjuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Eaque vel expressa, puta si quis cum adversario paciscatur de lite, aut transigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiscuntur, facere licet etiam absque infamiæ nota, *l. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipso etiam jure hæc actio tollitur, *leg. si abi* 17. *§. 1. l. si unus* 27. *2. de pact. leg. sed si* 17. *§. si ante* 6. *hoc tit.* Quin & absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse, censent juris nostri Interpretes. (1) Cæterum remissa injuria, nihilominus peti possunt impensæ curationis & pretium intermissarum operarum, si forte vulnus illatum, membrum aut os fractum. Quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, *l. item apud* 15. *§. si quis* 46. *eod.* Clar. *lib.* 5. *§. fin. qu.* 58. *num.* 38. Covarruv. 2. *resolut.* 10. *num.* 7. Gomez. 3. *resolution.* 3. *num.* 37. vel tacita, veluti si quis sine ullo offensæ aut commoti alienative animi judicio injuriam excepit, ut hic docet Justinianus ex Ulpiano in *d. l.* 11. *§.* 1. *hoc tit.* (2) Ubi Juris consultus ait, injuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri, si quis injuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat, dissimulationem esse speciem quamdam condonationis & remissionis injuriæ: iniquum autem esse repeti, quod semel remissum est. Et profecto cum actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantum ad vindictam tendat, is, qui dissimulat, nec ad animum injuriam revocat, eam insuper habere videtur, & tacite condonare ac remittere: atque hinc est, quod clausula hæc libello inseri solet, quod actor injuriam sibi factam ad animum revocaverit. Hoc autem obtinere quidam volunt in injuria verbali dumtaxat. (3) In reali vero, puta si vulnus inflictum, si quis fustibus cæsus, conjecturam illam non sufficere. Tulden *hic c. ult.* Dissimulationis quoque & tacitæ remissionis species quæ-

dam

omnium actionum, sed earum duntaxat, quæ in personam sunt, & ut esset, tamen ratio obtinendi ejus, quod nobis debetur, a vinculo, quo se debitor adstrinxit, argumento & materia separata est. (3) Etenim quod omnino notandum est, actio in proposita disputatione non tam consideratur, quatenus cujusque est, dependens ex jure quæsito; qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit, & in bonis nostris computetur, *leg. bonorum*, 39. *de verb. signif.* ad idem plane objectum referri debet, quo referimur dominium & obligatio; quatenus est via sive medium, per quod ad id quod nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur, pervenitur & aufertur invitis; uno verbo, quatenus consideratur, ut instituenda exercendaque in judicio, ut recte Timæus Fab. *disput. de action. thes.* 1. Vix interpretem inveneris, qui hic in vestibulo quæsiturus sit, ex quo jure actiones proficiscantur, ex jurene gentium, an ex jure civili, id est, utrum causa actionum remota jus gentium sit, an jus civile. Quæstio minime obscura. Sed nimirum nihil tam clarum atque perspicuum est, quod semper & ab omnibus videatur. (4) Certum est reges, magistratus, eorumque imperia juris gentium esse: quippe sine quibus nulla unquam gens aut vixit, aut vivere potuit; adeoque ipsa naturalis ratio omnes docet, sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Adhuc inter omnes constat, dominia rerum atque obligationes, quæ causæ sunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere, trahunt ergo & actiones, sive judicia, id est, ea remedia & rationes, quibus quod vel dominii nostri sit, si id sponte is, qui possidet, non restituat; vel quod in obligationem a nobis deductum, si id debitor non præstet, obtinere liceat. Nam certe frustra sit, si id voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris; aut, quod restat, rixis, tumultibus, cædibus porta patefiet, cives in civem armabitur cum internecione civitatis, si domino aut creditori licere velimus rem suam aut sibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam esse, qui juri gentium adscripturus sit ea, quibus concessis nec esse sit hominum societatem everti. Præclare Theodoricus Rex apud Cassiodorum *lib.* 4. *var. epistol.* 10. *Factum est*, inquit, *jura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconsultus fervor animorum*: & statim, *hinc est, quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nisi proprio ageretur impulsu. Quid enim a bellica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur?* sac. *lex non est singulis*, 176. *de ver. jur. leg. extat*, 13. *quod met. caus.* Hæc etsi verissima sunt & clarissima, non paucis tamen, iisque etiam quorum multis aliis in rebus perspicientia ac solertia commendatur, hic excutire contingit, ut temere atque inconsiderate contendant actiones omnes & forma & origine esse juris civilis. Quid ergo est, quod eos transversos agit? Primum quod apud Pomponium in *leg.* 2. §. *his legibus*, 6. *de origin. jur.* scriptum est, ex legibus duodecim tabularum compositas esse actiones, quibus inter se homines disceptarent. An igitur totis trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit? aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt, Jurisconsultum loqui de forma actionum accidentali & juris Romani propria? quam scilicet a prudentibus acceperunt, compositis certis ac solemnibus formulis. Secundo, quod actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita passim appellantur, quas utique juris gentium esse nemo ibit inficias: quin & conduci jure gentium res dicitur in *leg. rerum* 15. *de act. rerum amot.* Tertio, quod naturalis obligatio tantæ efficaciæ non est, ut actionem producat; quasi vero quod non producat, non sit a jure civili. Et tamen non una hic exceptio est. Postremo, quoniam deportati agere non possunt, qui tamen ea, quæ sunt juris gentium, retinent. Inepte. Nam id tantum obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati sunt. Sed nec patriam potestatem retinet, nec tutelam, nec jus testandi, nec jus succedendi ex testamento aut ab intestato: quæ tamen omnia ex jure gentium manare, & considerata generali atque essentiali forma juris gentium manere, suis locis ostendimus, quamvis propter adjectam a jure civili qualitatem & determinationem usus recte dicantur esse juris civilis, ut & actiones, per *leg. 6. de just. & jur.*

(5) *De actionibus*) Nomen actionis latissime patere vulgo notum est, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ passioni opponitur: denique & oratorum & histrionum & fabrorum actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus vocabuli significatione, quam hodie etiam tunc, cum ad usum forensem restringitur, sciendum primum est, nunquam verbo agendi, cum ad judicia refertur, ita usos esse veteres, ut verbo idem significarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, nunquam agere aliquem: agere *judicio*, agere interdicto, quod non significat aliquem ducere aut trahere, sed idem est quod tractare cum aliquo judicio, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, sed cum quo agitur. Quapropter non est audiendus Theophilus, qui actionem ab eo dictam scribit, quod improbos & perfidos ad judicia agamus. Quadruplex autem fere hujus vocis in jure usus est. Primum latissime accipitur; & nomen actionis prædicatur de lite omni & causa, sive ea civilis sit sive criminalis, in qua alias fere utimur verbo accusationis, *leg. penult. si ex nox. caus. arg. leg. ult. de priv. delict. ls* 1. *de crim. stell. l.* 18. *de accus. leg.* 4. *C. de edendo rubr. C. quand. civ. act. crim.* Secundo minus quidem late quam in significatione præcedenti, sed ratione sequentium adhuc latissime, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantum, verum etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes Prætoriæ, quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in summa imploratio etiam nobilis officii judicis, ut nunc loquuntur, *leg. actionis*, 37. *de oblig. & act. l. actionis*, 34. *l. pecuniæ*, 178. §. 2. *de verb. sign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in personam, *l. actionum*, 25. *ff. de oblig. & act.* §. 1. *infr. hoc tit.* strictius tamen, quam ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes Prætorias contineat, *l. sed & hæ*, 35. §. 2. *l. non solum*, 39. *de proc. d. l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Quarto & postremo strictissime atque angustissime, ut solam denotet actionem in personam, *leg. actio*, 28. *hoc tit. dict. l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* ac tum fere opponitur petitioni, qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ, §. 2. *supr. quib. mod. obl. toll. leg. & uno*, 18. §. 1. *de acceptil.* Ex his autem significationibus eam, quæ secundo loco posita est, huc pertinere ostendit su-

supradicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt, petitio, persecutio, formula, lis, causa, controversia, conventio, judicium: nam & vox judicii pro actione sæpe sumitur: ut videre est in *leg. 1. & pass. ff. & C. fam. erc.* & Prætor promiscue nunc judicium se daturum pollicetur.

TEXTUS.

Definitio.

Actio nihil aliud, quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur.

NOTÆ.

Jus persequendi) Auctor hujus definitionis Celsus *leg. 51. hoc tit.* Cæterum actio, quatenus tertium juris objectum constituit, magis considerari debet ut via & medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum pervenitur, quam quatenus est jus, aut ex jure nobis quæsito dependet: qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit, ad secundum objectum referri debet, *leg. 49. de verbor. signif.*

COMMENTARIUS.

1 *Jus in hac definitione quid significet?*
2 *Refutatur Hotomannus qui formulam interpretatur.*
3 *Neminem posse quod sibi debetur, propria occupare auctoritate.*
4 *In jure fieri quæ dicebantur, quæ in judicio?*
5 *Repetitur res ab origine.*
6 *De quibus causis magistratus ipsi ex officio cognoscere soliti? in quo plerique hallucinantur.*
7 *Romæ olim commune fuisse forum: nunc autem metropoles idem jus non habere.*
8 *Commune forum esse & locum domicilii: tum quod tempus hic inspiciendum?*
9 *Mos passim receptus.*
10 *Proprium forum quæ tribuant: & quid mutatum moribus.*
11 *Actionem in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri posse; contra Donellum.*
12 *Eum, qui per se competens non est, posse ex accidenti competentem fieri, & quibus ex causis?*
13. *Definitionem hanc etiam competere actioni in rem.*
14 *Item actionibus popularibus: quæ quid sint, simul docetur.*
15 *Item actioni injuriarum, & repetitioni usurarum.*

(1) *Actio nihil aliud est, quam jus*) Auctor hujus definitionis est Celsus, *in leg. nihil aliud, 51. ff. hoc tit.* Generis loco jus ponitur: quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuos usus juris, adeoque apud omnes Latine loquentes significat potestatem jure publico tributam; veluti cum dicimus, jus restandi, jus stipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia hoc loco quærenda hnic verbo significatio est. (2) Et male omnino Hotomannus formulam interpretatur. Etsi enim quandoque actiones cum dicunt Jurisconsulti, formulas earum intelligunt; atque ut hoc etiam largiar, cum Prætor se actionem daturum pollicetur, formulam eo nomine significat: nullo tamen modo dici potest, aut jus agendi formulam esse, aut in hac definitione actionem ut formulam considerari. Formula a Prætore impetranda est: actio, ut quisque contraxit, statim ei competit; & dominus amissa possessione jus agendi habet statim, id est, etiam antequam Prætor adeatur: & quis non videt, actionem in proposito considerari, ut in persona creditoris radicata est, non ut actu in judicium deducta? atque ut maxime tu jam actu intentatam consideras, formula tamen proprie dici non potest, magis quam emancipatio, manumissio, adoptio, aditio hæreditatis, &c. quæ formulæ non erant, sed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones expediebantur, *leg. actus, 77. de reg. jur.* Ad hæc nihil eorum formulæ convenit, quæ prædicantur de actione, ut cum actio nasci dicitur, acquiri, ipso jure competere, alienari, mandari, cedi, &c. ad hæredem transire, ab hæredibus incipere, successione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram consumi, dividi inter fidejussores, & id genus sexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in personam civilem, Prætoriam, perpetuam, temporalem, famosam, hæreditariam, &c. recte dicimus. Quamobrem nec auctorem hujus definitionis Celsum arbitror de formula cogitasse: quamvis temporibus hujus Jurisconsulti, qui sub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro usu essent. Plane de sententia Justiniani, qui formulis jam dudum sublatis, definitionem eamdem nihilominus retinuit, nulla potest esse dubitatio.

Persequendi in judicio) His & sequentibus verbis differentia continetur, & genus positum restringitur. Verbum persequi notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cum olim in specie cognitionis extraordinariæ persecutiones dicerentur, *leg. 178. §. 2. de verb. signif.*

(3) *In judicio*) His verbis indicatur, neminem sibi jus dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate: sed si quis putet, se habere actionem, legitimo judicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud magistratum sive judicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, *leg. extat, 13. quod met. caus.* & simul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam, quæ fit apud competentem judicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt; 1. quid hæc verba *In judicio* significent. 2. quis dicatur judex competens. Primum quod attinet diversa veteribus sunt, *In jure & in judicio*. (4) In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magistratum, antequam ad judicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud Prætorem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones quæ a Prætore postulabantur, puta damni infecti, vel legatorum: in judicio ea proprie, quæ expediebantur post litem contestatam apud judices datos sive pedaneos. Actio in jure a Prætore dabatur, apud judicem recuperatoresve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi magistratus judicare jussi sunt, *l. 2. Cod. de pedan. judic.* perexiguus hujus differentiæ usus esse cœpit: nisi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem contestatam, & Prætor ipse olim explicabat, in judicio, quæ postea fiunt, licet apud eumdem magistratum omnia expediantur. VINN. Multo accuratius hæc omnia exponuntur a celeberrimo Gerardo Neostio, *lib. 1. de jurisd. c. 6. & 8.* ubi docuit, Prætorem de jure; judicem de facto cognovisse, & hoc institutum

titul. Hæc igitur actio gravior est, quam civilis ex lege Aquilia, quæ non nisi adversus inficiantem in duplum datur, §. *sed furti*, 26. *in fin. de action.* nimirum Prætor securitate viarum & locorum publicorum sic melius prospectum iri existimavit. Datur adversus habitantem, ut supra dictum est: cui rursus consulitur actione in factum adversus dejectorem, *l.* 5. §. *cum autem*, 4. *de his qui dep.*

Ob hominem liberum occisum 50. *aureorum*) Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum judicium 50. aureorum datur, *leg.* 1. *in princip. dict. tit.* Damni æstimatio hic non fit in duplum: quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, *d. l.* 1. §. *sed cum*, 5. *eod.* eaque de causa actio ex parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l.* 5. §. *hoc autem*, 5. *eod.* junct. *l.* 12. *de verb. signific.*

Si vivat, nocitumque ei esse dicatur) Hæc verba edicti, *si vivat, nocitumque ei esse dicatur*, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus, vel quid aliud scissum ruptumve est: sed ea, quæ in corpus ejus admittuntur, *dict. l.* 1. §. *hæc autem*, 6. puta si vulneratus sit aut membro aliquo mutilatus: quo casu quantum æquum judici videbitur actio datur, *d. l.* 1. *in princ.* quæ læsio perpetua est, aliis experiri volentibus annua, *d. l.* 5. §. *hæc autem*, 5. In litis æstimatione computantur sumptus curationis & operarum amissio: nam cum hujus damni causam dejector attulerit, æquum est, ut id quoque in rationem inducatur, *l. ult. de tit.* Pœna dupli & 50. aureorum ob hominem liberum occisum exolevit: vid. Groenevv. *d. l. abrog.* hic, & ibi citatos; & adde, quæ notavimus *sup. ad pr. n.* 2. *&* §. *hic autem*, 9. *item ad* §. *cap.* 3. *n.* 2. *d. l. Aquil.*

TEXTUS.

De filiofamilias seorsim habitante a patre.

1. *Si filiusfamilias seorsim a patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed eum ipso filio agendum esse. Quod & in filiifamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.*

NOTÆ.

2. *In patrem nullam esse actionem*) Neque de peculio, neque noxalem, *l.* 5. §. *pen. infin. de oblig. & act.* De peculio, ideo non datur, quia hic non ex contractu, aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l.* 1. §. 7. *de his qui effud. l.* 58. *de reg. jur.* Noxaliter autem cum patre numquam agitur, §. *ultim. infr. de nox. act.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur in proposito in patrem de peculio actio non detur? & num.* 2.

SI ex filiifam. seorsum a patre habitantis, cœnaculo quid dejectum effusumve fuerit, sive is positum suspensumve quid habuerit, cujus casus nocere posset; non in patrem, sed in ipsum filium judicium datur, *leg.* 5. §. *is quoque penult. de oblig. & action.* (1) in patrem, de peculio ideo non datur, quia in specie proposita non ex contractu seu quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l.* 1. §. *filiusfam.* 7. *de his, quæ dejec.* neque enim vel ob maleficium vel ob quasi maleficium filiifam. nullo modo cum patre agi potest; non actione noxali, §. *ult. infr. dd noxal. action.* non de peculio, *l. in pœnalibus*, 58. *de reg. jur.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle & facio filii pro modo peculii obligari, cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Plane si judicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri potest, ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, *l.* 3. §. *idem scribit*, 11. *de pecul.*

Quod & in filiofam. judice) Filiusfamil. judex si litem suam fecerit, non pater, sed ipse actione in factum tenebitur, *l filiusfam. l.* 15. *de judic.* Cujus rei eadem ratio, quam superius dicebamus: quoniam actione peculio demum in patrem datur, cum filius ex contractu obligatus est: hic autem quasi ex delicto tenetur, ubi scilicet temere & imprudenter pronuntiavit. Quod si dolo malo, multo minus tenebitur pater, quia verum hoc delictum est. Quod autem Ulpianus scribit, in *d. l. filiusf.* 15. qui litem suam fecit in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit cum sententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Consuli tamen poterunt Accurs. *ad d. l.* Cujac. 13. *observ.* 18. Ant. Fab. *in rationalib.*

TEXTUS.

De damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum est.

3. *Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponem, aut stabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, & aliquatenus culpæ reus est, quorum opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ hæredibus quidem datur, adversus hæredem autem non competit.*

NOTÆ.

3. *Item exercitor navis*) Ex Cajo, *l.* 6. §. *ult. de oblig. & act.* Pertinet huc pars altera edicti *nautæ, cæupones, stabularii*, &c. cujus initium *l. pen.* §. *ult. d. tit.*

De dolo) *D. l.* 5. §. *ult.* Cujac. & Hotomann. *de damno*, auctoritatem Flor. codicis secuti & sententiam, *l.* 5. §. 1. *naut. caup.*

Caupona aut stabulo) Apparet, stabulum hic non accipi pro caupona aut diversorio: aut alias sæpe: sed pro loco, ubi jumenta stabulantur, *l.* 5. *naut. caup. stab.* pro τόπῳ κτηνῶν.

COMMENTARIUS.

DE damno & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto Prætoris constitutæ sunt adversus eos, qui navem, cauponam, stabulum exercent; quarum una est ex contractu, altera quasi ex maleficio. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii a vectoribus aut hospitibus invecta aut illata salva fore receperunt. Constituta est in id, quanti ea res est, quæ salva non restituitur, *leg. de naut. caup. stabul.* Ex eadem causa est, & actio civilis, ex locato aut conducto aut depositi; nec tamen ideo otiosa est actio honoraria; quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum est, aut res periit sine culpa ejus qui recipit, modo ne fato aut vi majore, *leg. 3. §. 1. dict. titul.* quo loco & *dict. leg. 1. §. 1.* etiam ratio redditur, cur hæc actio gravior, quam in cæteris constituta sit: nempe ut innotesceret, Prætorem curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cum ex contractu descendat, huc non pertinet; ad eam referendæ sunt interpretationes veterum sub *dict. titul. naut. caup. stabul.* usque ad *leg. penult. §. ultim.* Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum, aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur, *leg. 6. §. ultim. de oblig. & action. dict. leg. penult. §. ultim. naut. caup. stabul.* quæ huc pertinet. Constituta est adversus easdem personas & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illa sunt. Ex quasi maleficio ideo esse dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio, *dict. leg. 5. §. ult. de oblig. & action. & hoc* text. Quare si quid eorum factum sit a vectoribus, aut viatoribus, quorum opera exercitor non utitur, hæc ex quasi delicto actio locum non habet, *leg. ultim. §. 2. naut. caup. stabul.* sed prior illa ex contractu, *leg. 1. §. ult. l. 2. l. 3. in princ. eod.* Illa pœnalis est duplum, *dict. leg. ultim. §. 1.* quia Prætor utilitatem hic etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium. Cæterum pœna hæc dupli exolevit ut & cæteræ similes.

Caupona aut stabulo.) Stabulum pro diversorio seu caupona aut πανδοχείῳ, vel καταλύματι, sæpe accipi, satis notum est. In hoc autem edicto, ubi Prætor stabularios a cauponibus distinguit, significat locum ubi jumenta stabulantur, *leg. 5. ff. de titul.* τοπίον κτηνῶν, ὑποστάσιον, ἐπαύλιον, cujusmodi stabula fere cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

In his casibus in factum actio.) Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

Hæredi quidem datur.) *D. leg. ult. §. 1. & ult. naut. caup. stabul.* commune autem hoc est omnium actionum pœnalium; quod hæredibus quidem dentur, sed adversus hæredem non competant: neque enim æquum esset, hæredem ex delicto defuncti pœnam sustinere, vid. *infr. §. 1. de perp. & temp. action.*

TITULUS SEXTUS.

DE ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 6. Cod. Lib. 4. Tit. 10.

Continuatio.

TEXTUS.

Superest, ut de actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis & continuationis.*
2 *Error veterum Interpr. notatus.*
3 *Actio ut considerandæ, quatenus tertium juris objectum constituit.*
4 *Ex quo jure actionis proficiscantur, accurata dissertatio.*
5 *Actionis nomen quam latè pateat?*
6 *Quot modis usurpetur a nostris? & quæ significatio huc pertineat?*

SUperest.) Transitio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error Interpretum, qui crediderunt, Imperatorem respicere ad tractationem proxime præcedentem de obligationibus; quod non ita est. Potuisset sane Tribonianus perfecta transitione uti, ut fecit initio libr. 1. & hujus item quarti; atque hic locus id vel maxime desiderabat propter longam, quæ intercessit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non usque adeo obscura est, quin facile ab homine non minus luscitioso pervideri queat. (1) Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce *titul. de jur. naturæ gentium & civilium*, qui secundus est libri primi hujus operis, quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ totidem sunt objecta hujus disciplinæ, revocavit, quorumque primum ad personas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad transitionem, quam facit in ingressu libri secundi. Nempe quo ordine partes istas summas proposuit, eodem, quo ratio methodi exigit; deinde singulas explicare instituit. Igitur cum primus locus in ista partitione, & merito quidem tributus esset personis, etiam primo loco, hoc est, reliqua parte libri primi de personis disputatum est, hoc est, de eo jure, quo quisque in civitate pro statu ac conditione personæ suæ censetur. De rebus, hoc est, quod cujusque in rebus externis proprium est aut ei debetur, sive de dominio cæteroque jure in rem, & de obligationibus, quas & ipsas ad eamdem illam partem pertinere probavimus in explicatione *tituli de obligat.* tractatum libro secundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti, usque ad præsentem locum: quibus locis simul nobis explicati sunt modi acquisitionesrerum, atque obligationum, tum acquirendarum, tum amittendarum. Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus, superest adhuc tertium & postremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hic jam suscipitur. Hinc vero perspicuum est, errare, quod diximus, Interpretes veteres & cum iis Mynsing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant *lib. præced. titul. de obligat.* (2) Atque hoc loco eamdem continuari: quasi illic de causa actionum tractetur, quæ sit obligatio; hic de effectu obligationis, quæ sit actio: illic de matre, ut loquuntur, hic de filia. Nam nec obligatio causa est em-

dam videtur, si quis cum eo, a quo injuria affectus est, familiariter postea fuerit conversatus. Clar. §. *injuria n.* 10. Damhoud. *prax. crim. c. 6. n.* 10. (4) Utique si sponte & motu proprio. Nam verbi causa, si ad commune convivium vocatus cum adversario venerit, non ideo censetur remissa injuriarum actio. Sicut nec communione cœnæ dominicæ, ubi definivit Curia Frisiæ, teste D. Joann: a Sande *lib. 5. tit. 8. defin.* 12. Ant. Matth. *ff. hoc tit. n.* 15. quem vide, *Nov. vid.* Item si injuriam passus lite non instituta decesserit: nam ideo hæredi ejus non datur, cum cæteræ actiones pœnales etiam hæredibus competant, *l. irjuriarum* 13. *in pr. hoc tit.* §. 1. *infr. de perp. temp. act.* Et denique si tempus instituendæ huic actioni præfinitum elabi passus sit, annum nimirum unum, *l. sed si* 17. §. *si ante* 6. *in fin. hoc tit. l.* 5. *Cod. eod.* Utrum autem hic annus continuus sit, an utilis, ambigitur. Continuum intelligi debere communis DD. schola existimat. Clar. *d.* §. *injuria n.* 9. Mynsing. 5. *obs.* 7. quæ sententia etsi usu forensi recepta est, de jure tamen verior videtur eorum, qui utilem accipiunt, per text. in *l. item si* 14. §. *si causa* 2. *quod met. caus.* & facit quod in cæteris Prætoris annalibus annus utilis intelligitur, ut constat ex edictis, quibus proponuntur. Dicitur autem tempus utile tum ratione decursus, ut in eo non computentur dies, quibus experiundi, aut judicis adeundi potestas non est, *l.* 1. *in fin. de diverf. & temp. præscr. l.* 3. §. *ult. de accusat*, tum ratione initii, quo d non incipiat currere ignorantiam experiri impedito, *d. l.* 1. *de div. & temp. præscr. l.* 2. *quis ord. in bon. poss.* atque hoc saltem respectu utilem hic annum accipiendum, qui a die scientiæ demum currat contra Old. *class.* 7. *act.* 10. Schneid. *ad* §. *sed & hoc tit.* & alios quosdam, recte docent Gall. 2. *observ.* 105. Mynsing. 5. *observ.* 7. *n.* 7. Fachin. 9. *contr.* 8. Christ. *vol.* 4. *decis.* 202. *n.* 8. 9. & 10. (5) Plane quod dicimus actionem injuriarum anni spatio finiri, id tantum pertinet ad actionem Prætoriani: nam eam, quæ ex lege Cornelia injuriarum competit, verius est, perpetuam esse, uti sunt & cæteræ, quæ ex legibus & jure civili descendunt, *infr. de perpet. & temp. actio in princ.* Clar. *d.* §. *injuria n.* 9. Marant. *part.* 4 *dist.* 1. *n.* 59. Fachin. 9. *controv.* 7. quod etiam rerum judicatarum auctoritate confirmatur. Myns. 2. *observ.* 84. & 5. *observ.* 7. Gail. 2. *observ.* 105. Wurmser. *tit.* 47. *de injur. observat.* 1. *dec. Cur. Holl.* 13. D. Joann. a Sande *lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 3. Non obstat huic sententiæ *lib.* 5. *Cod. hoc tit.* Nam illa non de omni injuria loquitur, sed de verbali dumtaxat, quo nomine constat ex lege Cornelia injuriarum agi non posse.

TITULUS QUINTUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 6. *Cod. Lib.* 9. *Tit.* 3.

Continuatio. Quid sit quasi maleficium & unde ita dictum.

QUarta & ultima obligationis causa est quasi maleficium, de quo exponendo hic solus locus superest. Quasi maleficium est omne factum, quo quis proprie quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficio est proximum. Etenim ut quædam sunt negotia, quæ licet revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proxime accedunt, & ideo quasi contractus nominantur; ita quædam etiam sunt facta, quæ quamvis proprie in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta propius accedunt, quam ad contractus: quæ ideo nostri *quasi maleficia*, & *quasi delicta* appellaverunt: quorum species hoc tit. proponuntur & explicantur.

TEXTUS.

Si judex litem suam fecerit.

Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam; ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur judex per imperitiam male judicans non æquo ex delicto obligetur ac medicus male curans? & circa hoc mores hodierni.*
2 *Cur, adversus quem, qua de re, ex hac causa actio detur?*
3 *Dolus judicis quomodo puniatur?*

SPecies quasi maleficii, & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur, est, si judex male per imprudentiam judicaverit; quo etiam hoc factum refert Cajus, *l.* 5. §. *si judex* 4. *de oblig. & act. l. ult. de extr. cogn.* unde ad verbum hic locus descriptus est. Ajo, per imprudentiam; nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices, & per imprudentiam sive imperitiam aliquem lædere verum esse delictum; quippe cum sit culpa: ideo enim medicum male per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, §. *imperitia* 7. *supr. de l. Aquil.* Cur igitur non item dicimus, judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi, sed tantum quasi ex delicto? Nimirum quia medicis periculosam imperitiam delicto subjicit temeraria professio scientiæ; (1) Judex autem non professione jurisprudentiæ censetur, sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est; sed in eo, qui peritiam alicujus rei profitetur, in ea re culpæ adscribitur, *l.* 9. §. *pen. l. item quæritur* 13. 1. *si gemmo* 5 *locat.* Denique casus hic separatus est a lege Aquilia, qua damnum corpori datum dumtaxat coercetur, §. *ult. sup. de l. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata medicorum in judicium vocari solent, ut alibi quoque notavimus; neque judex ex sententia sine dolo malo tantum per imperitiam prolata tenetur; sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis: (2) teste D. Tulden. *hic cap.* 1. & Joseph. Ludic. *decis.* 1. *num.* 50. Baro *comment. part. ult.* Bugnon. *lib.* 1. *de leg. abrog. Satyr.* 2. & 124. ad Pappon. *lib.* 16. *tit.* 2. *arrest.* 12. 13. 14.

Litem suam fecerit.) Litem suam facere judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis se obstringit, causamque ejus, secundum quem pronuntiatum est, suscipere cogitur, & quasi suam defendere in summa, quia ex judice fit reus. Cicero 2. *de orat.*

cap. 75. *Quid sit, cum pro altero dicas, litem tuam facias? &c.*

Licet per imprudentiam.) Judex male judicando litem suam facit, non tantum cum dolo malo inique decernit, sed etiam cum imprudenter: sed illo casu ex quasi delicto obligatur, *d. l. 5. §. si judex, 4. de oblig. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfam. 15. §. 1. de judic.*

Æquum religioni judicantis.) Judex, qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quasi ex maleficio actione in factum, & in id, quod ob eam æquum judici videbitur, condemnatur salva existimatione, *d. l. ult. de extr. cogn.* Hæc actio iis constituta est, qui ea sententia læsi sunt; proinde actori, si reus injuste absolutus est; reo, si injuria est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni sarciendi causa: aliis autem sarciri non potest, quam quibus datum est. Ei, qui remedio appellationis utitur, quod hodie in casu proposito necessarium est, non est æquum adversus judicem, a quo appellavit, hanc actionem dari. (3) Dolo judicis ut verum & infame delictum severius vindicatur: nam qui νῶι ἑτέρα μισθοῦ δόξαν largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam sententiam dixisse arguitur, & famæ dispendium patitur, & veram litis æstimationem ei, quem læsit, præstare cogitur, *l. filiusfamil. 15. §. 1. de judic. l. ult. Cod. de pœn. jud. qui male judic.* Acceptio pecuniæ etiam reum legis Juliæ repetundarum facit, *dict. l. 3. & 4. de l. Jul. rep.*

TEXTUS.

De dejectis, vel effusis, & positis aut suspensis.

1. *Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui eo parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Quo casu pœna decem aureorum constituta. De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si vero vivat, nocitumque si esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis est factus.*

NOTÆ.

1. *Ob alterius culpam.*) Habitator suam suorumque culpam præstare debet, *l. pen. d. tit.*

Pœna decem aureorum) Adversum eum, qui posuit aut positum patitur, actio in factum in decem annos datur, *d. l. 5. §. 6.* quæ actio popularis est, id est, cuivis e populo conceditur. *d. l. 5. §. ult.*

Judex computare debet mercedes) Cicatricum autem & deformitatis nulla fit æstimatio, *d. l. 1. pr. §. 6. leg. 5 §. 5. l. ult. eod. tit.*

COMMENTARIUS.

SEcunda species quasi maleficii est, non præcavere, ne quid a domesticis temere ex cœnaculo aut ædibus dejiciatur aut effundatur, quod transeuntibus nocere possit, *d. l. 5. §. is quoque penult. de oblig. act.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est a Prætore actio adversus eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is casus prodit, *l. 1. & pass. de his qui dej. vel effund.*

Vel proprio ipsius vel conducto.) Utrum cœnaculum proprium, aut conductum, aut gratuito concessum sit, nihil interest. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid dejiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes plane non tenebitur: quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multum autem interest inter habitantem & hospitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis hæc actio in solidum dabitur. Sed si cum uno actum fuerit, cæteri liberabuntur, *d. l. 1. §. pen. & ult. l. 2. 3. & 4. de his qui dej. vel eff.* Si de navi dejectum sit, dabitur utilis actio in eum, qui navi præpositus est *e l. pen. §. ult. eod.*

Dejectum, effusumve) In eum scilicet locum, quo vulgo iter fit, vel in quo consistitur. Quod merito Prætor edixit: quippe cum publice interest, metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil interest, utrum publicus locus sit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, *d. l. 5. in princ. §. 1. & 2.*

Ideo non proprie ex maleficio) Cujus ex ædibus quid dejectum est, quod alicui nocuit, is proprie dici non potest ex maleficio obligatus; quia plerumque ob factum & culpam alterius, tenetur. Sed tamen quoniam non creditur perspexisse & cavisse, quod prospicere & cavere debebat, ne quid a domesticis, quorum etiam culpam præstare debet, *leg. penult. §. 2. eodem titulo*, dejiceretur, peccasse aliquid intelligitur, & ideo quasi ex maleficio tenetur. VINN. De dejectis & effusis & ante Prætores cavisse legem Aquiliam, existimat Vir Anton. Corn. Van-Bynkersh. *Observ. 1. 13.* immo ipsum caput legis Aquiliæ secundum ea de re egisse censet. Quæ si vera sunt, (sunt autem verisimillima,) eo majus robur accedet sententiæ eorum, qui legem Aquiliam & vera & quasi delicta vindicasse existimant. HEIN.

Positum aut suspensum) Tertia species quasi maleficii est, eo loco, per quem vulgo iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit, *leg. 5. §. is quoque, 5. de oblig. & action.* Et adversus eum, qui posuit, aut positum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, *leg. 5. §. Prætor ait, 6. cum seqq. de his quæ dejec. vel effud.* Quæ actio popularis est, id est, cuivis e populo conceditur, *dict. leg. §. ultim.* Nam privata esse non potest, quoniam competit, cum nondum cuiquam nocitum est.

De eo, quod dejectum, dupli) De dejecto aut effuso ita ut alicui noceret, constituta est ei, cui nocitum est, actio in duplum damni dati, *leg. 1. in princ. dict.*

tum ipsi urbi fuisse coævum, siquidem Dionys. Halic. *lib.* 2. Refert Romulum quædam per se cognovisse, quædam per judices. Unde cadit conjectura auctoris nostri, quam sequente *n.* 5. proponit. HEIN. (5) Operæ pretium est, rem ab origine repetere. Initio quidem Prætorem ipsum, utpote juri dicundo civiumque inter se controversiis disceptandis ac dijudicandis creatum ac constitutum, causas privatas omnes plene cognovisse & judicasse, verisimile est. Verum postea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente vero tempore fortassis etiam ob dignitatem magistratus obtinuit, & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est ut Prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & judicium susciperent. Horum judicum varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, speciales, addicti, selecti, disceptatores, recuperatores, in judiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione consulantur Scip. Gent. 2. *de jurisd.* 8. Coras. 3. *misc.* 18. Duaren. *de jud. c.* 18. *de jud. dat.* Sigon. 2. *de antiq. jur. civ. c.* 18. *& seq.* Nullam vero jurisdictionem hi judices habebant, sed nudam duntaxat notionem, hoc est cognoscendi tantum & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ; & simul ac sententiam dixissent, judices esse desinebant, *leg.* 5. *l.* 15. *l. judex*, 55. *de re jud.* Apud hos judicium exerceri proprie dicebatur, & ipsi specialiter judices appellari & a magistratibus separati solent, *d. l.* 15. *& 55. de re jud. l.* 2. *de reg. jur. l.* 1. *& l.* 3. *de jurisd.* Usque adeo vero hæc ratio dandorum judicum invaluerat, ut vix ipse Prætor judicium unquam susciperet, & si fides Duareno *lib.* 1. *disp.* 13. ne potuerit quidem Prætor ipse de causis quibusvis cognoscere. In quam sententiam affert *l.* 4. *de int. dat leg. ult. ff. de Præc. l.* 8. *& 9. de off. præs. l.* 2. *Cod. ped. judic.* Alii tamen id arbitrium fuisse existimant argumento legis, quam inter suas, atque ut credibile est, ad morem suorum temporum respiciens M. Tullius refert in hæc verba: *Juris disceptatur, qui privata judicet, judicarive jubeat, Prætor est.* (6) Quod in medio relinquimus. Illud constat exceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant, quæ cognitiones Praxoriæ, & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, sine formula, hæ causæ expediebantur, & disceptabantur a Prætore ipso: cujusmodi causæ sunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium, *l.* 1. *de extr. cogn.* persecutio fideicommissi, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Ulp. *tit.* 25. §. 10. petitio liberorum, qui in possessione sunt, *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* restitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l.* 13. §. 1. *l.* 24. §. *ult. de min.* Cuj. *par. C. ubi caus. stat.* & Scip. Hent. *d. loc.* huc item referunt causas status sive præjudicia. Rectene an secus ambigo. Nam præjudicia in *d. l.* 1. §. 2. *de rei vind.* aperte separantur a cognitione Prætoria. Ut in his causis partes ad judicem mitti dicuntur, *l.* 8. §. 1. *& l.* 9. *de lib. caus.* passimque judicis liberalis causæ, qui de libertate cognoturus est, mentionem fieri videmus, ut in *l.* 7. §. 1. *& seq. l.* 14. §. 1. *de lib. caus. l. servus*, 34. §. *ult. vers. quid ergo de statu lib.* 7. §. 1. *in fin. de hær. pet.* Plautus recuperatorum semper meminit in *Rud. & Cacch.* & Sveton. in *Vesp. cap.* 3. refert, *Flaviam quandam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronunciatam.* Nec multum movet, quod traditum est in *l. non distinguimus*, 32. *de liberali*, 7. *de recept. arbitr.* causam liberalem majores judices poscere, quam sit compromissarii, vel arbitris, qui constituuntur mera conventione privata: quia etiam judices a Prætore delegati, majores sunt vel quia Jurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causæ considerat, quæ sola pertinet ad officium judicis dati; sed totam causæ tractationem, & in hac etiam partes Prætoris, qui lite primum apud se contestata formulam ipse concipit, & judicium judicemque constituit. Atque his insuper argumentum præbet *l.* 1. *C. de off. Præt.* ubi Constantinus causam liberalem propriam facit Prætoris, quod frustra faciisset, nisi antea fuisset judicii ordinarii, add. Ræv. 3. *var.* 20. Hotom. 6. *obs.* 6. Sed nec interdicta huc pertinet, ut constat ex *orat. pro Cæcin.* item ex *l.* 1. §. 2. *si ventr. nom. mul. in poss. l.* 1. *in pr. ne vis fiat ei, qui in poss. l.* 1. *in pr. de vi & vi arm.* quibus locis manifeste refelluntur, qui negant, ex causa interdicti formulam aut actionem datam fuisse. Postea ratio judiciorum mutata est, & injuncta causarum omnium cognitio ipsis magistratibus, extra quam si vel occupationibus publicis, vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediantur, *l.* 2. *C. de ped. jud.* aut ea negotii sit vilitas, ut non admodum notionem magistratus requirat, *l. ult. C. d. tit.* quo respiciens Justinianus, ait, judicia omnia suo tempore extraordinaria fuisse, §. *ult. Inst. de interd.* In judicio igitur sic nunc interpretabimur apud Prætorem sive magistranum, qui dum jus dicit ac reddit, recte judex appellatur, & cui soli nunc judicandi munus incumbit. Alterum quod hic explicandum erat, est, quis sit judex competens: neque enim promiscue apud quemvis judicem quævis actio instituti potest, sed apud eum solum, cujus de ea re, de qua agitur, notio est; qui uno verbo competens appellatur. Competentia hæc æstimatur ex causis, ex quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex; commune forum, alterum proprium seu speciale. Commune forum olim fuit Roma, quæ idcirco veteribus dicta est communis patria, *l. Roma*, 33. *de Manic.* (7) Nam omnes qui Romæ inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi defendere debebant, nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium. *l.* 2. §. *omnes*, 4. *& seq. l. non alias*, 24. *de judic.* sed moribus hodiernis regiæ urbes seu metropoles jus istud communis fori non habent. (8) Commune forum item recte dixeris, in quo quisquis conveniri potest quacumque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii: & est notandum, circa locum domicilii non tantum inspici locum, in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, *l.* 2. *Cod. de jurisd.* quem locum male Cyn. Salic. & Sich restringunt ad casum, quo quis in loco domicilii contraxit: quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilii, de quo ibi diserte agitur, & locus contractus forum tribuit, etiamsi quis numquam ibi domicilium habuerit. (9) Atque ratio hujus juris satis manifesta est, quia cum statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quæratur, quo forte alias non contraxisset, jus illud creditori facto debitoris adimi non debet. Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum invaluit, ob summam difficultatem, quæ sæpe est, sequendi debitores exteros, ut ii quovis loco depreheusi detineri judicioque sisti queant. Gudel. *lib.* 4. *cap.* 1. late Pech *in tract. de jur. sistend.* (10) Proprium forum est, quod præter commune tribuunt

buunt causæ singulæ veluti in actionibus in personam forum tribuit locus, in quo contracta est obligatio, *l. omnes*, 20. *de judic.* quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperiatur; per *l. 19. in princ. & §. 1. l. argentarium*, 45. *de judic.* textus est in *cap. 12. §. contrahentes 3. x. de for. comp. in 6.* Covarr. 1. *qu.* 20. n. 3. Sichard. & Vultejus in *l. 2. C. de jurisd.* Ant. Fab. *C. suo, ubi cotw. qui cert. loc. desin.* 4. & si quidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta, *d. l. 19. §. 1. d. l. 45.* Sin autem expresse cautum ut alio loco, quam in quo negotium gestum est, res præstetur, hic locus accipiendus tamquam re ibi contracta, *l. 3. de reb. auct. judic. poss. l. contraxisse*, 21. *de oblig. & act.* In Francia & his regionibus non inspicimus locum contractus, nec solutionis, sed domicilii debitoris, juxta *l. exigere*, 65. *de judic.* sic ut *l. hæres*, 19. *de judic. l. 3. de reb. auct. jud. poss. l. 21. de oblig. & act.* non sint receptæ, secundum ea, quæ tradit Imbert. & alii allegati a Christ. *vol. 2. decis.* 164. (11) In actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quos res sitæ sunt. Est enim constans hæc fere omnium Interpretum sententia usuque forensi non dubio recepta, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt; per text. non obscurum in *l. 3. C. ubi in rem act. fac. l. ult. Cod. ubi de hær.* Quamquam Gudelinus notat, praxim illud maxime observare, ut ibi dumtaxat actio in rem intendatur, ubi res sita est, *lib. 4. cap. 2.* Unus fere Donellus noster *lib. 17. comm. 17.* ab hac sententia recessit contendens, in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum rei, locum sc. in quo sunt constitutæ; ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non judicium pati. Quo & ipse aliquando inclinavi propter *l. quod legatur*, 38. *de judic.* Sed non dubito nunc, quin quod Jurisconsultus ibi proponit de re legata, speciale sit, eo quod legatario sufficere debeat, si hæres, a quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est, offerat solutionem de qua etiam & ipsa præstatione præcipue Jurisconsultus tractat. Quod Donellum præterea movet, facile evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem restituere, ut nova lite pro executione rei opus sit; non usque adeo magni momenti est. Nam præterquam quod magistratus omnes inferiores mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, non esse ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinariam hanc procedendi atque exequendi viam, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur quanti in litem actor juravit, *l. ejus rei*, 46. *cum seq. de rei vind. l. 5. & 8. de in lit. jur.* (12) Quæstiones criminum ubi exerceantur, docet *l. 1. & 2. cum auth. seq. C. ubi de crim.* illud obiter adjecto, posse eum, qui per se competens non est, ex accidenti competentem fieri, idque vel propter judicium jam cœptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Cœpti judicii hæc vis est, tum ut actorem mutuæ petitioni, seu reconventioni, ut nunc in foro loquitur, obnoxium reddat, hoc est, ut mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi ipsi litem movit, tametsi prius ibi conveniri non potuisset, *l. 22. de judic. l. 14. C. de sent. & interl.* tum ut litigatores retineat in judicio conjuncto. Conjuncta autem judicia hæc in re habita sunt possessionis & proprietatis; ac de his ita cautum: Quo in loco prius de possessione actum est etiam de proprietate agi debere, quamvis rebus integris ibi conventus judicium excipere non cogeretur, ne causæ continentia dividatur, *leg. nulli*, 10. *C. de judic.* Moribus tamen disjunctos cernimus istarum causarum judices: quippe interdicta possessoria in conciliis provincialibus solent tractari; quæstiones vero proprietatis apud cujusque loci magistratum, Gudelin. *lib. 4. cap. 2.* ubi de foro competente late & eleganter disputat, *artic. 19. Instruct. supr. Holland. cur.* Prorogatur jurisdictio, cum alius judex, quam cujus notio est, ex conventione aditur, *l. 18. de jurisdict. l. 1. de judic.* de quo consule DD. *ad dict. l. 1. & cap. si diligenti*, 12. *x. de form. comp.* Christin. *vol. 2. decis.* 260.

Quod sibi debetur) Hotom. 3. *obs.* 17. addit, *vel quod suum est*; ne definitio angustior sit definito: quippe quæ alioqui actioni in personam dumtaxat competere videatur, non etiam actioni in rem, per quam rem nostram petimus, non nobis debitam. Et verum quidem est, proprie ea, quæ nostra sunt, dici non posse nobis debere; *l. Quintus Mutius*, 27. §. 2. *l. scribit*, 34. *in pr. de nor. arg. l.* (13) Sed quid prohibet, verbum debendi laxius accipere, ut debere quisque dicatur, quod juri præstare tenetur, quamvis facto suo ad id non se obstrinxerit? Convenit certe hoc & partitioni juris initio propositæ, & præsenti instituto Justiniani, ut divisio in continenti subjecta clare ostendit. Nec deest veterum auctoritas: nam & Ulp. in *pecuniæ* 178. §. *ult.* scribit, hoc verbum *debuit*, omnem omnino actionem comprehendere. Plane persecutio criminalis huc non pertinet, qua quisque non quod sibi debetur, persequitur, sed quod vigor publicæ disciplinæ postulat vindictam criminis, *l. 9. §. quod illicite 5. de public.* (14) Quæsitum de actione populari & injuriarum. Sed puto, verba definitionis etiam actiones has commode applicari posse. Populares actiones sunt, definitore Paulo *l. de pop. act.* quæ jus suum populo tuentur: nimirum summus ac præcipuus harum actionum finis est, ut publicæ utilitati & securitati consulatur: *leg. 1. §. 1. de his qui effud. vel dej.* quam ob causam etiam omnibus pariter propositæ sunt, nisi quod in iis quæ simul continent interesse alicujus privati, is, cujus interest præferatur, *l. 13. §. 1. de popul. act. l. 3. in princ. de sepul. viol.* Pœna, quam persequuntur, regulariter actoris lucro credit, qui ob id etiam, postquam litem contestatus est inter creditores numeratur, *l. 12. de verb. signif.* fisco ut applicetur, rarum & singulare: ac tum præmii loco pars aliqua datur actori, *l. 25. §. ex hoc edicto 2. de Senatus. Syllan. l. ult. de term. mot.* Cæterum quia hæ actiones ita propositæ sunt, ut ejus demum, qui eas occuparet litem contestando, propriæ fierent, eique soli pœna præstaretur, inde est, quod qui habet actionem popularem, non intelligitur esse locupletior, neque pro creditore habetur, antequam litem contestatus est, *l. pen. §. 1. de pop. act.* junct. *l. 12. de verb. signif.* Sed enim cum hæ actiones privatam pecuniæ persecutionem habeant, utique consideratæ quatenus jam occupatæ vel etiam occupandæ per litis contestationem ad definitionem pertinent. Idque menti Justiniani omnino conveniens est, qui & *supr. tit. præced. §. 1. & inf. hoc eod. §. 12.* populares aliquot actiones proponit. Eadem fere ratio esse videtur & actiones injuriarum. (15) Hæc ante litem contestatam in bonis nostris non computatur, *l. injuriarum* 28. *de injur.* scilicet

quia

quia si quis de ea litem non contestare decesserit, perinde est, quasi nullam unquam actionem habuisset, utpote quæ nec ille profuit vivo, nec hæredibus ejus prodest, ad quos non transmittitur, l. 1. *infr. de perp. & temp. act. l.* 13. *de iniur.* Usurarum petitio propriam rationem habet: nec tamen eam hinc excludimus. Nam quod usuræ dicantur peti non posse jure obligationis aut actionis, sed officio judicis in bonæ fidei judiciis ob moram præstari, *l. qui per* 59. §. 1. *de act. emp. l.* 5. *C. depos.* id non significat, usuras non deberi, aut nullam usurarum nomine actionem esse, sed non deberi principaliter; nec esse propriam actionem, qua principaliter petatur, sed sortis dumtaxat, qua mota & ipsæ per consequentiam officio judicis veniant.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos, apud judices arbitrosve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditæ actiones in rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmat, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.*

NOTÆ.

1. *Judices arbitrosve*) Judicum nomine intelligit judices addictos judiciis bonæ fidei, *l.* 15. *de re judic. l.* 7. *de l. Jul. rep.* quamquam & arbitrii ex compromisso sumpti huc pertinent, *l.* 1. *de rec. arbitr.*

Quo casu proditæ actiones in rem) Actio in rem est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, *l.* 20. *hoc tit.*

Quam Titius suam esse) Actio in rem de re corporali, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio tit. *ff. & Cod. de rei vindic.* soli competit vero rei domino, *l.* 23. *eod.* Utilis tam emphyteutæ & superficiario datur, *l.* 1. §. 1. *ag. rest. l.* 74. *de rei vind.*

Possessor dominum se dicat) Aut utique neget petitorem dominum esse: nam contra vindicet, non est necessarium, §. 4. *infr. de interd. l.* 4. *Cod. de edend.*

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam non a materia, sed a causa efficiente sumptam esse.*
2 *Indicatur causa efficiens seu jus, unde actio & in rem & in personam manat.*
3 *Personæ ad constituendum judicium necessariæ.*
4 *Quam varie nomina hæc, judex, & arbiter, accipiantur, sive conjunctim sive per se posita?*
5 *Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere, rejecta vulgata distinctione.*
6 *Disputatio accurata adversus eos, qui mancam esse hanc divisionem contendunt, unoquoque membro, mixtarum scilicet actionum, mutilatam.*
7 *Nec actiones, quæ dicuntur in rem scriptæ, veriam speciem constituere.*
8 *Actio in personam quid, cui, adversus quem detur?*
9 *Quo effectu creditor nomen alienet?*
10 *Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri novissime possidentem.*
11 *Actione in personam quid petatur? ubi & insigne discrimen inter hanc & illam, quæ est in rem circa causam libello complectendam.*
12 *Actiones in personam, quæ nec ex contractu, nec ex maleficio originem trahere videntur.*
13 *Formulæ in actionibus in personam usitatæ, & qualis locus, cum agitur ex obligatione faciendi?*
14 *Formula, quæ adversarium dare aut facere oportere intendimus, non convenire omnibus actionibus in personam.*
15 *Actio in rem quid sit, unde nascatur; & cui competat principalis illa, de qua hic agitur?*
16 *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem & primum de dominio.*
17 *Necesse esse ad fundandam actionem, ut is, cum quo in rem agatur, possideat. Quam late verbum possessionis hic accipiatur? Aliaque non possim obvia.*
18 *Possessorem non compelli, ut contra vindicet, dissertatio adversus D. Contium.*
19 *Petitio hujus actionis propria: & qui exitus?*

PRoponuntur hoc tit. quinque aut sex actionum divisiones; quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularem velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo sæpe alibi a nostris, ut in *l.* 3. *de stat. hom. l.* 1. *de ver. div.* §. 1. *infr. de interd.* quia inter multas prima & potissima est. (1) Ratio divisionis ab objecto sive materia petita prima fronte videtur; id enim verba hæc, *in rem & personam*, præ se ferunt. Nos tamen a causa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc est a jure, quod quis circa rem habet: idque confirmat tum hic ipse locus, tum *l. actionum*, 25. *ff. eod.* unde magnam partem, quæ hic traduntur, hausta sunt: ac mox res tota clarius apparebit. Non igitur ideo, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur, actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res, quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur, non petitur ut persona, sed ut res cæteræ, quæ nostræ sunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio in personam dicitur, quia ea qui agit, personam convenit: actio in rem, quia conveniatur res ipsa: quod natura fieri non potest: nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur, ut dicant rem conveniri, non personam, abusivum est, & specialem præterea rationem in causis, de quibus loquuntur, habet, veluti in *leg.* 7. *ff. de publician.* item *l.* 19. *de jur. fisc.* Quarum in illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ, ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum: ac proinde quasi a prædiis exigi, atque a possessoribus eo nomine conventis præstanda esse, sine consideratione temporis, quo possederunt. In altera Papinianus negat, pecunia, quam quis a debitore suo in solidum accepit, revocata, usuras præstari, eo quod res, in persona convenitur: quod sic explicatur, in *l.* 5. *Cod. de privil. fisc.* quia fiscus jure extraordinario privilegii sui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo fœneratorio agit. At cum utraque actione & res petatur,

tur, & persona conveniatur, qui hic, quod una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim: prius enim causa efficacius utriusque indicanda est unde potissimum, ut ante dixi, sumpta ratio divisionis. (2) Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tamquam a causa efficiente proxima, & itidem variatur pro juris istius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est; unum in re, alterum ad rem; ita quoque duæ in universum diversæ actionum species inde manarunt, sive duo remedia ad jus illud judicio persequendum. *Jus in re*, quod obiter hic inculcandum, multiplex, dominium tum directum tum utile, ususfructus, servitutes, pignus, jus possessionis. *Jus ad rem* unum est, obligatio scilicet, sive creditum. Ex jure, quod quis in re habet, proficiscitur actio in rem, pro diversa quidem qualitate istius juris diversi quoque generis, sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illam in rem dicitur, quia domino quod detur, rem perpetuo sequitur, atque ut persona hic convenitur, hoc est, possessor, tamen non conveniatur propter se, sed propter rem possessam. Hæc autem in personam dicta est, quia ut persona hic convenitur, ita convenitur propter se, quia se obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non sic accipiendum est, quasi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta est, consequatur: sed sic, quod actione in personam quisque tenetur ob hoc solum, quia verbi causa promisit, se daturum esse; & hoc sive rem habeat, sive non habeat: cum actione in rem propria propter hoc solum teneatur, quod rem possidet, nec compellatur in rem actionem pati, si rem defendere nolit, aut sine dolo possidere desierit, *leg. si autem*, 27. §. 1. *l. ultim. de rei vid.*

Quibus inter aliquos apud judices) (3) Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ, quæ ad constituendum judicium necessario requiruntur, actor, reus, judex. Actor & reus litigatores sunt, inter quos res agitur, & quorum ille est, qui litem intendit, hic, qui excipit. Græci φεύγοντα appellant, & more Græcorum nostri aliquando fugientem, *l. C. de jurejurando propt. cal. l.* 13. §. 2. *de judic.* Judex, apud quem res agitur, qui idem causam cognoscit, & litem auctoritate sua dirimit. Unde judicium non male definitur legitima rei controversiæ inter actorem & reum apud judicem tractatio, in eum finem instituta, ut lites publica auctoritate sopiantur.

Judices arbitrosve) (4) Nomina hæc *judex* & *arbiter* non eodem semper modo accipiuntur, nec per se posita, nec conjuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel improprie. Judex proprie dicitur, quia ita judicat, ut in eo munere publico fungatur: etenim judicandi munus publicum est, *l. quippe*, 78. *ff. de jur. dic leg. ult.* §. *judicandi*, 14. *ae mun. & hon.* Atque hinc judices omnes dicuntur habere notionem, id est potestatem cognoscendi jure publico constitutam, *l.* 5. *de re judic.* Improprie judices dicuntur arbitri, qui ex consensu ligatorum & compromisso sumuntur: quippe consensus privatorum judicem facere non potest, *l.* 3. *C. de jurisd.* Appellantur autem judices propter affinitatem, quam cum veris judicibus habent, eo quod partibus judicis fungantur, arbitria ad similitudinem judiciorum redacta sint, *l.* 1. *l.* 13. §. 2. *de rec. arbitr. l. pen. ff. l.* 14. *C. de judic.* ac tametsi sententiæ eorum executioni mandari non soleant, effectum tamen aliquem habent vi stipulationis pœnalis. Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, judices voluntarii & compromissarii. Non est tamen infrequens, ut veri quoque judices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei judicio cognoscunt; & maxime in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ & communi dividundo: unde & judicia ipsa arbitria, *leg.* 24. *depos. leg. arbitrium*, 34. *leg. ultim. ff. l.* 15. *l.* 17. *Cod. famil. ercisc. l.* 18. *ff. l.* 3. *Cod. comm. divid. l. pro socio* 38. *ff. pro soc.* Sic autem appellati sunt hujus generis judices, propterea quod libera iis potestas permittitur arbitrandi æstimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. De quo pluscula ad §. 28. & 30. *inf.* Præterea nomen judicis etiam tunc cum proprie usurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes, qui cognoscendi & judicandi potestatem habent, sive eam habeant jure magistratus, aut vi alicujus jurisdictionis, *leg.* 1. *de judic. top. tit. Cod. de jurisdict. omn. judic. titul. digest. Codice de reb. auct. judic. poss.* sive jure nudæ notionis, ut judices pedanei; aliquando specialiter pro pedaneis judicibus dumtaxat, hoc est, iis qui dati sunt a magistratibus aliisve qui jus dandi judicem habeant; in qua significatione etiam passim hoc verbum sumitur, non tantum cum opponitur verbo magistratus, sed etiam cum per se & absolute ponitur, *l.* 1. & 3. *de jurisd. l.* 12. §. *l. in privatis*, 77. *de judic. l.* 15. *l. judex*, 55. *de re judic. l.* 2 *de reg. jur.* Cujus tamen distinctionis non tantus est hodie usus, quantus olim fuit; cum judicis passim dandi licentia nunc sublata sit, *l.* 2. *C. de pedan. jud.* Est & tertia hujus vocis significatio adhuc magis specialis, quæ ex adjuncto cognosci potest, veluti cum hæc duo conjunguntur, judices arbitrive, & maxime cum additur, a magistratu dati, ut in *leg.* 15. *de re judic. l.* 6. *de l. Iul. rep.* Quod cum fit, judicis nomen in specie accipitur, restringiturque ad certos tantum judices, datos quidem a magistratu, sed in judiciis stricti juris potestate judicandi certa formula, quam excedere non licear, circumscripta. Sicut per nomen oppositum arbitri, judices item vero tunc intelligimus, sed qui addicti sunt bonæ fidei judiciis, aut etiam arbitrariis, *leg.* 15. §. 4. *quod met. caus.* minime autem tales, ad quos ex compromisso itur. Hoc vero vel ex uno loco Senecæ intelligere licet *lib.* 3. *de benefic. cap.* 3. sic scribit: *Melior videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur, qui illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera & nullis constricta vinculis religio est.* Plane cum simpliciter hæ voces, judex & arbiter junguntur, nec aliud exprimitur, unde diversum colligi possit, utramque vocem proprie posse accipi constat, ut cum Jurisconsultus in *l.* 9. *ff. de re judic.* scribit, furioso sententiam a judice vel arbitro dici non posse; unde & de hoc ipso loco judicandum. Atque ut forte Justinianus de arbitris ex compromisso sumptis non cogitaverit, non eo tamen minus huc pertinent, ubi de actione instituenda quæritur. Nam & apud eos eadem omnia hic servantur, quæ apud veros judices, nec aliter arbitria eorum rata sunt, quam si ordine judiciario, id est, causa more judiciorum agitata & cognita, ad sententiam ferendam processerit, *leg.* 1. *de ret. arb.* VINN. Quam diversa fuerit judicum arbitrorumque potestas, ex ipsis formulis, quibus dari solebant, patet. Judex in stri-

stricti juris judiciis ita dabatur. *Cod. Aquili, Judex esto, si paret Catulum Servilio debere centum, tu illum in centum condemna.* Nihil itaque hic poterat judex præter formulam, sed ex formula condemnabat tanquam *ad libellam*, ut ait Cic. *pro Q. Rosc. cap.* 4. contra arbiter in judiciis bonæ fidei ita dabatur: *si paret, Catulum Servilio domum vendidisse, tum quantum Catulo Servilium ob eam rem dare ex fide bona oporteat, tanti damnetur.* In arbitrariis denique: *Arbiter esto: & si paret, Mævium vestem Servili habere, neque is arbitrio tuo exhibueris, tum quantum in litem Servilius juraverit, tanti damnato:* Hic ergo aliquid arbitrio arbitri, vel judicis erat relictum, ut posset & usurarum habere rationem, & exceptionum, quamvis formula non comprehenderentur. Add. Sigon. *de Judic.* 1. 24. HEINN.

(5) Enimvero nihil huc pertinent arbitratores, quos vocant: quippe qui non ut judices adhibentur ad controversiam sententia sua decidendam, sed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit; veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces, in arbitrium certæ personæ conferatur, *leg. 75. cum sequent. pro soc. l. ult. C. de contr. empt.* nullus autem locus dari potest, quos lis aliqua decise arbitratoris interventu dicatur. Et commentitia est, prorsusque aliena a ratione juris civilis Interpp. distinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tamquam judices servato ordine judiciorum procedant, hi sine solemnibus litem amice ex æquo & bono componant, ut post Coras. 4. *miscell.* 4. 18. bene ostendit Bachov. *ad tit. ff. de rec. arb. c.* 1. *num.* 2. usu tamen Interpp. distinctio invaluit, Gall. 1. *observ.* 150. Merul. *lib.* 1. *tit.* 7.

In *duo genera*) Ita & Ulpian. in *l.* 15. *ff. hoc titul.* Addendum plerique putant & tertium genus, ex. ó. 20. *infr. eodem*, actiones, scilicet mixtas, cujusmodi sint actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expresse dicto loco Justinianus ait, mixtam causam obtinere tam in rem, quam in personam: item petitio hæreditatis, quæ & ipsa mixta dicitur, in *leg.* 7. *Cod. de hæred. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem, quam in personam actionum efficit, de qua Cujacius *part. Cod. fin. reg.* At enim vero si hoc ita est, dignus sane reprehensione fuerit Tribonianus, qui summam omnium actionum divisionem se proponere professus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc est, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omisso, quod ad perfectionem totius non minus, quam duo illa, quæ posita sunt, pertineat. Nec accipio responsionem quorundam, qui fatentur quidem, rectius Tribonianum facturum fuisse, si vel una divisione species omnes complexus esset, vel statim tertiam subjecisse, sed cum de re ipsa constet, & tertia illa species proposita sit in *dict.* §. 20. leges divisionis & methodi insuper habendas. Hæc enim responsio, ut aliquid pro Triboniano facere possit, si quid ab eo minus recte factum, tamen nihil adfert pro defensione Ulpiani, qui itidem, duo duntaxat actionum genera in *dict. leg.* 25. ponit & explicat, in rem, quæ (inquit) dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur: transitque deinde ad alia, miscelli generis nulla facta mentione: vitiose omnino, si præter duo ista genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis supersit, ab utroque distinctum. Ego sic sentio, veteres plura actionum genera, quam duo illa, quæ hic proposita sunt, non agnovisse, easque quæ mixtæ aut mixtam causam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque annumerasse ei speciei, ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria ista judicia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, origine sua & essentia sunt actiones in personam, sine solum & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in personam numeraverunt, *leg.* 1. *fin. regul.* ut & ipse Justinianus in *leg.* 1. §. 1. *Codice de ann. except.* Petitionem autem hæreditatis inter actiones in rem, *leg.* 25. §. *antepenult. de hæred. pet. leg.* 1. *leg.* 27. §. 3. de *rei vind.* ob causam nimirum contrariam. Id vero ita esse, non aliunde certius constare potest, quam ex conjunctione, *d. leg.* 1. *fin. reg.* cum *dict. leg.* 25. §. *antepenult.* Nam *dict. leg.* 1. Paulus sic diserte scribit: *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione sit.* Quod nihil aliud est, quam si diceret, non eo minus actionem finium rugendorum personalem censeri debere, quod comparata sit quasi loco vindicationis, quodque proprietatis controversiæ cohæreat, ut loquitur Constantinus in *leg.* 3. *Codice eodem*, & quod per eam, rem nostram, quæ intra fines nostros sit, consequamur, qui effectus est rei vindicationis: quia nihilominus verum sit, eam ex obligatione descendere, darique adversus eum solum, qui nobis sit obligatus. Quod quidem manifestum est, si quis de vicini maleficio queratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel alias sciens fines suos protulit. Sed & si forte antiqui limites inveniri non possunt, vel non satis evidenter cujusque agrum distinguant, ita ut novi sint constituendi pro mensura cujusque agri, aut adjudicatione, & condemnatione, controversia dirimenda, *leg.* 2. *leg.* 3. *fin. fin. reg.* §. *penult. infr. de offic. judic.* ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confusio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ erciscundæ, & communi dividundo, in quibus etiam res est certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla est quæstio, nec quid restitui postulatur, sed ut res dividatur, & recedatur a communione. Quin etiam possidenti ultro dantur, *leg.* 1. §. 1. *famil. ercis.* Ex contrario in *dict. leg.* 25. §. *antepenult.* Ulpian. *Petitio hæreditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Quasi diceret: petitio hæreditatis in rem actio est, quia non ex obligatione aliqua nascitur, sed per eam rem nostram petimus, quæ ab alio possidetur: ita tamen in rem, ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in personam, nempe præstationes istas, quarum meminit, pretiorum & pecuniæ a debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem sit & dici debeat, quia talis est principaliter, per se, & origine sua. Quamobrem ferre non possum, quod Bachovius contendit, actiones hasce etiam ratione essentiæ suæ & originis mixtas esse; quia nascantur ex duplici eoque diverso principio, dominio scilicet & obligatione. Nam præterquam quod hoc a mente veterum longe alienum est, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem esse dicerent, actionem autem finium regundorum in personam, si illa æque in personam, hæc æque in rem esset, atque utraque in essentiali origine tam in rem, quam in personam)? non caret etiam implicatione con-

contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipſe Bachovius: cæterum ſe inde expediri conatur poſito pro diverſitate objecti diverſo quoque principio, & cauſa agendi. Cum itaque duplex ſit objectum petitionis hæreditatis, hæreditas ipſa & præſtationes, quas diximus, perſonales, quatenus illa petitur, actionem iſtam ait in rem eſſe, utpote quæ naſcatur ex jure dominii, eique ſoli competat, qui ſe hæredem, id eſt, hæreditatem ſuam eſſe intendit: quatenus vero eadem actione hæres petit, ſibi præſtari pretia rerum venditarum, eave, quæ a debitoribus hæreditariis exacta ſunt, eſſe eam in perſonam, atque ex contrario principio, jure ſcilicet obligationis, oriri. Simili modo cum actio, verbi cauſa communi dividundo, duplex quoque objectum habeat, diviſionem rei communis, & mutuas quaſdam item præſtationes, fructuum, impenſarum, damni dati, *leg.* 3. §. *comm. divid.* ait, quatenus propter diviſionem rerum agitur, actionem hanc in rem eſſe, quatenus propter alias cauſas, in perſonam: unam autem actionem mixtam in qua producenda duæ diverſæ cauſæ diſtinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego vero non dubito, quin totum hoc falſum ſit: quia ſic non una actio, ſed duæ omnino diverſæ & diſtinctæ pro diverſis rebus obtinendis conſtituuntur, quod veterum nemini in mentem venit. Sed, quod ante dixi, petitio hæreditatis natura & eſſentia ſua actio in rem eſt: quod & nomen ipſum ſatis arguit, *leg.* 28. *ff. hoc tit.* Præter naturam autem actionum in rem accidit in hac actione, quæ de univerſitate eſt, ut in eam quoque veniant quædam præſtationes perſonales, non proprie ex præcedente alia obligatione, qua facto ſuo ſe obſtrinxerit poſſeſſor hæreditatis; quem conſtat quaſi rem ſuam gerentem nemini ſe obligare voluiſſe, *l.* 14. §. *comm. divid.* ſed quarum nomine is qui petitione hæreditatis convenitur, proinde, ac quiſque, qui ſe obligavit, tenetur, hoc eſt etiam exempli gratia, pecuniam exactam non poſſideat, nec dolo poſſidere deſierit, *l.* 20. §. *ult. de hæred. pet.* & omnino ut debitor generis, non ſpeciei: atque hoc demum reſpectu mixta perſonalis hæc actio dicitur in leg. 7. *Cod. de her. pet.* Contra actiones familiæ erciſcundæ & communi dividundo in perſonam ſunt, non deſcendentes ex dominio ſimul & obligatione; ſed ex obligatione duntaxat, quam una parit rerum ſuſpecta communio, quæque non minus ſocium obligat ad !patiendam rerum diviſionem, adjudicationeſque, & condemnationes: quam ad præſtationem lucri, damni, impenſarum, manentem in communione. Tantum quia conſortes de re ſua agunt, hoc eſt, parte ſua, inſtar eorum, qui rem vindicant, ideo dicuntur hæ actiones mixtam ſuam obtinere videri, tam in rem, quam in perſonam, *dict.* §. 20. *inf.* De actione finium regundorum expreſſe teſtatur Paulus in *l.* 1. *fin. regul.* in perſonam eam eſſe, licet & ipſa certo reſpectu pro actione in rem ſit, ut initio diximus. (7) Minus autem ferendi ſunt, qui actiones quæ in rem ſcriptæ dicuntur, qualis vercundi cauſa eſt actio quod metus cauſa, *leg.* 9. §. *ult. quod met. cauſ.* aut perſonales non eſſe contendunt, aut eſſe mixtas non diſſimili ſenſu, quam quo ſuperiores. Nam actionem quod metus cauſa in perſonam eſſe, expreſſe traditur in §. *præterea* 31. *infra eodem*, & palam eſt, eam eſſe ex obligatione, obligationem ex maleficio, quod facinus appellatur in *leg.* 14. §. *quod ſi* 11. *quod met. cauſ.* quod autem ſcripta in rem dicitur, non hanc habet ſignificationem eam in rem eſſe, naſcive ex aliquo jure, quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem poſſeſſorem ſequatur: ſed indefinite de eo, quod metu geſtum eſt, conceptam eſſe ſine deſignatione perſonæ, ad quam verba actionis dirigantur, ut hoc explicat Ulpian. in *dict. l.* 9. §. 1. *& ult.* atque ex uſu veterum in hujuſmodi orationibus obſervarunt viri eruditi Duar. *ad l.* 7. *pactorum*, 8. *de pact. & ad tit. quod met. cauſ. c.* 3. Donell. *hoc loco*, & 15. *comm.* 38. VINN. Quamvis quæſtio illa, denturne actiones mixtæ? non adeo magni momenti ſit, & ipſi alio loco oſtenderimus, poſſe doctrinam de actionibus & ſine hac diſtinctione explicari: non tamen exiſtimo abſurdam eſſe eorum ſententiam, qui mixtas actiones reperiri contendunt. Nam (1) quamvis & Ulpian. *l.* 25. *ff. obl. & act.* & Tribonianus hoc §. actiones in duo ſumma genera partiantur; nihil tamen in jure noſtro frequentius eſt, quam ob ſpecies, quæ mixtam cauſam habent, modo bipartitam, modo tripartitam dari diviſionem. Vid. Noodt *Prob.* 1. 12. (2) Quamvis petitio hæreditatis naſcatur ex jure hæreditario, ſimul tamen etiam pro fundamento habet quaſi contractum, puta adminiſtrationem rei alienæ, *arg.* l. 1. *l.* 3. *l.* 10. §. 1. *l.* 25. §. 11. *l.* 10. §. 1. *ff. hoc tit.* (3) Ita & juſtitia diviſoria manifeſto & Jus in re ponunt, & obligationem ex quaſi contractu. Unde non nude in *perſonam* eſſe dicuntur hæ actiones, ſed *pro rei vindicatione*, *l.* 1. *ff. fin. reg.* & ſpeciatim judicium communi dividundo *magis ex re*, *quam ex perſona ſocii*, naſci dicitur, *l.* 29. *princ. ff. comm. div.* (4) Non abſurdum eſt, veteres JCtos hæreditatis petitionem realem, judicia diviſoria perſonalia dixiſſe, quamvis mixtæ ſint naturæ. Denominationem enim ſæpe in mixtis ab eo ſumimus, quod prævalet; & ſufficit mixtas has actiones diſerte appellari in §. 50. *hoc tit. & l.* 7. *Cod. de hær. petit.* Non enim ſane ob finem ita dicuntur, ſed quia duplex hic eſt cauſa petendi; jus in re & obligatio. HEIN.

(8) *Cum eo qui obligatus*) Deſcriptio actionis in pernam exprimens definitionem, quæ traditur in *l. action.* 25. *ff. h. t.* ut actio qua cum eo agimus, qui obligatus eſt nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Quæ definitio clare oſtendit, cui & adverſus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum cum cauſa hujus actionis ſit obligatio, obligatio autem inter duos intercedat, inter eum, qui obligatum habet, & qui obligatus eſt, quorum ille creditor, hic debitor dicitur, ſponte hinc ſatis intelligimus dari hanc actionem ei, qui alium obligatum habet in eum, qui obligatus eſt. Et notandum, quod hæc actio & eidem ſemper & adverſus eumdem detur. Quod adverſus eumdem ſemper locum habet ut ſcribit JCtus in *d. l.* 25. mirum non eſt: neque enim obligatio a perſona debitoris ſeparari aliuſve debitor invito creditori ſubſtitui poteſt. Verum obligatio debitorem ſequitur, ut lepra leproſum, *Interpp. hic.* Sed & quod eidem ſemper detur, nec alii, quam primo creditori, ex eadem ratione itidem eſt: nam nec obligatio ab eo, cui primo acquiſita eſt, avelli poteſt, ſed in perſona ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione naſcitur. In ſumma obligationes atque actiones perſonales ita comparatæ ſunt, ut in perſona utriuſque contrahentium eas radicari oporteat: adeo ut nec ab initio expreſſa conventione fieri poſſit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, §. 3. 4. & 18. *de inut. ſtipul. leg. ſtipul.*, 38. §. *alteri* 17. *ſup. de Verb. oblig. l.* 11. *de oblig. & act.* licet poſterius hoc ſuas habeat exceptiones, de quibus dictum

dictum §. 19. *sup. dict. tit.* (9) At enim vero etsi ex ratione juris creditor nomen alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales & quæ dominii nostri sunt a nobis transferuntur, receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut, verbi causa ex vendito conveniri possit, ut actiones suas cedat, quo facto emptor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat. Sed & non cessis actionibus placuit emptorem suo nomine utilibus experiri posse. Quod benigne constitutum est, quo plenius emptori cæterisque consuleretur, *l. 16. ff. de pact. l. 5. l. 8. Cod. de hæred. vel act. vend. l. 18. C. de legat.* de quo fuse & subtiliter ea differit Bachov. *de act. disp. 4. thes. 2. & 3.* (10) In actione in rem utramque contrario modo se habet. Nam cum ea non ex alia causa nascatur, quam ex dominio, aut simili in rem jure: hoc autem jus a domino, una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat; inde necessario evenit, ut non semper eidem, sed ei semper qui novissime rei de qua quæritur, dominium nactus est, in rem actio, & quidem directa detur. Similique modo cum res, quam hac actione persequimur, ad alium atque alium possessorem transire, atque ut Jason hic loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit quoque, ut actio in rem non semper adversus eumdem locum habeat, sed adversus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possidet, *d. l. 25.* Atque hinc etiam oritur formularum & intentionum diversitas; nam formula actionum in rem absolute concipitur sine designatione certæ personæ: *Ajo, hanc rem ex jure Quiritium meam esse*: in personalibus autem relata est & directa in personam rei. *Ajo, te mihi centum dare oportere.* (11) Petimus autem hac actione, quod nobis ex obligatione dandum vel faciendum est: quod & ipsum quoque definitione superiore continetur. In obligationibus faciendis petitur id, quod interest; in actionibus generalibus, pro socio, negotiorum gestorum tutelæ, ratio administrationis & reliqua. Non sufficit vero, ut actor generalem proximam causam actionis intentione sua complectatur, puta quod reus ei obligatus sit decem dare, aut obligatus sit ex contractu aut quasi; sed addenda causa propria: *Ajo, te mihi dare oportere decem, quæ tibi dedi mutua.* In actionibus in rem sufficit causam communem dicere, hoc est, se dominum esse, etsi non adjiciat ex donato, legato, aut simili causa. Ratio varietatis hæc est, quod qui se dominum dicit, satis dicit de jure suo, unde scire possit adversarius, utrum sibi expediat contendere, necne. At in actione in personam, nisi causa obligationis propria exprimatur, nihil de eo reus statuere potest. Plane nomen actionis libello complecti nihil necesse est, cum id opposita certa & convenienti agendi causa ex ipsa narratione satis intelligatur. Add. Gail. 1. *observ.* 61. Schneid. *hic. n.* 110 *& seqq.* Donellus *ad leg.* 3. *de edend.*

Vel ex contractu vel ex maleficio) Subaudi, vel quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Nihil enim frequentius est, quam ut appellatione contractus etiam quasi contractus, appellatione mal-fitii etiam quasi maleficium comprehendatur, §. 10. §. 18. *& seq. inf. hoc tit.* §. 1. *inf. de perp. & temp. act. l. 16. de neg. gest. l. ex contract.* 49. *de oblig. & act.* Atque hæ quidem sunt causæ principales, ex quibus obligatio atque actio in personam oritur: sed tamen non sunt solæ. Occurrunt enim quædam actiones, quæ etsi in personam sunt, tamen nec ex contractu nec ex maleficio originem trahunt, sed ex sola æquitate dantur, quales sunt in factum subsidiariæ, §. *tit. supr. de leg. Aquil. l. 23. §. item quæcumque, 5. leg. cum autem 52. de rei vindic.* (12) Hujus generis item est actio de tigno juncto in duplum adversus eum, qui bona fide junxit, *d. l. 23. §. penult. l. 7. §. cum in suo 10. de acquir. rerum dom.* Item quæ datur in specie *l. si & me & Titium, 32. de reb. credit.* Et condictio sine causa aut ex justa causa, qua tenetur possessor malæ fidei nomine consumptorum fructuum, *l. 3. Cod. de condict. ex leg.* Sed neque actio de peculio proprie dici potest descendere ex contractu, quia dominus aut pater revera nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque actio personalis esse dicitur, *l. 3. §. 5. ad exhib.* quam tamen nec ex contractu, nec ex maleficio, nec ex simili aliquo facto obligatorio nasci constat, sed dari tantum ob summam æquitatem conjunctam cum utilitate publica & civili, quia scilicet quisque tenetur præstare, quod nullo modo noceat, alteri etiam prosit ad obtinendum, quod sibi debetur, *l. 2. §. 5. in fin. de æq. pluv. arc.* Pulchre Oldend. *class. 3. act. quæst. 2.* Postremo nec omnis obligatio aut actio quæ ex conventione est, ex contractu descendit; veluti quæ nascuntur ex pactis legitimis: atque hæc fortassis causa est, cur Cajus 10 *l. 1. princ. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cum contractus & maleficii mentionem fecisset, reliquas dicat nasci proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Revise quæ notamus *sup. ad §. ult. de obl.*

(13) *Dare aut facere oportere*) Verba sunt vulgaris & usitatæ in actionibus in personam formulæ: in qua verbum *dare* dominii translationem significat, §. 14. *inf. l. ubi autem, 75. §. ult. de verb. obligat. l. 23. §. 1. de contr. empt.* verbum *facere*, nudum factum, ut insulam ædificari, rem tradi, *l. 28. l. 72. in pr. d. l. 75. §. 7. de verb. obligat.* uti & in divisione stipulationum, *l. 3. princ. d. tit. §. ult. Inst. eodem.* Ait *dare aut facere* disjunctim, sicut etiam in §. 15. *inf.* quo tamen non hoc significat, intentionem formulæ actionum in personam duplicem esse oportere, quanti necesse sit utrumque semper oppositum uno axiomate disjunctim disponi, formulamque hoc modo concipi: *Ajo te mihi dare aut facere oportere*, sed duas esse diversas harum actionum formulas, quarum una intendamus adversarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus est. Puraverit fortasse quispiam, cum ex faciendi obligationibus numquam agi possit ad factum ipsum, sed id tantum quod interest in actionem deduci, *l. 13 §. 1. de re judic. dict. leg. 72. in fin. princ. de verb. obligat. §. utt. Instit. sup. eod. tit.* fieri non posse, ut unquam tali formulæ locus sit, qua facere oportere intendatur: nam præstare id quod interest, non est facere, sed dare, ut quidem hoc loco verba ista accipienda sunt. Sed recte dicemus, hac formula: *Ajo te facere oportere*, nudam contineri intentionem actoris, quæ litem contestatam præcesserit. Utique enim quod promissum erat significandum fuit, atque apud Prætorem proponendum: & quia fieri poterat, ut reus promissum negaret, haud dubie a Prætore quoque insertum fuit formulæ, hoc forte modo: *Si paret Mævium facere debuisse, nec fecisse, quanti interest, condemnatur*, Prætore ex hypothesi facti promissi & probati dirigente jussionem de condemnando non in ipsum factum, sed in id quod interest. Potest & mixta hic admitti formula, *dare, facere*, ut *dare* accipiamus tamquam subrogatum ad *facere*, & ad id quod interest referatur.

(14) *Aliis quibusdam modis*) Id est, aliis agendi formulis. Nam illæ, quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque & maxime quibus dare, iis, quæ in specie dicuntur condictiones: sunt vero & aliæ aliis in personam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur, propriæ, nec ut fiat, petimus: sed quibus, verbi causa, intendimus adversarium tradere aut restituere oportere, ut in actione commodati, depositi, pignoratitia. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula: *Ajo te facere oportere*, tam late accipi posse, ut eo contineatur etiam rei traditio aut restitutio: alioqui hujus formulæ usus quoque esset in rei vindicatione. Sed, ut ante dixi, nudum factum significat: quod commemoratur quidem ab eo, qui agit ex obligatione faciendi, tamquam quod præstari oportuit; sed intentio tantum dirigitur in id quod interest; quod secus est in actionibus modo commemoratis: Et ex diverso cum is, qui rem commodat, deponit, oppignorat, dominus maneat, certum est, nec contrariæ formulæ locum esse, neminemque posse per actionem commodati, depositi, pignoratitiam, intendere dari sibi oportere. Sed & in actionibus divisoriis, quas personalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, §. *quædam* 20. *infra eodem*. Quamobrem recte opinor Theophilum verba Justiniani & aliis quibusdam modis reddidisse ἢ ἑτέρως δέ πως δυνατὸν χρῆσθαι ἡ ἀγωγή. *Sed & aliis modis talis actio intentari potest*. Durum certe est, verba ista referre ad illa remotiora ex contractu, vel ex maleficio, quasi cæteras obligationum causas indicet præter contractus & maleficia: add. Bachov. *hic & disput.* 4. *de act. thes.* 1.

(15) *Qui nullo jure ei obligatus*) Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusmodi actionis traditam in *leg.* 25. *ff. hoc titul.* ut sit actio, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus: & semper adversus eum est, qui possidet: unde nullo iterum negotio intelligi potest, cui & adversus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait *nullo jure*, id est, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto, aut jure, cujus vi persona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur: ut intelligamus, non esse inter personam ejus, qui in rem agit, ejusque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis est inter creditorem & debitorem proprie dictum; sed actioni in rem locum facere solam rem possessam, non vinculum aliquod personale.

Quo casu proditæ sunt actiones in rem) Cum non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re, judicio experimur, non in personam, sed in rem actio est, cujuscumque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus. Etsi enim dominium, ut principale jus in re, præcipua est actionis in rem causa, & ideo quæ inde nascitur actio, per antonomasiam actio in rem & rei vindicatio absolute dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit, hæc ipsa intelligatur, *tit. ff. & C. de rei vin.* non est tamen causa actionum in rem sola, ut apparet ex §§. qui proxime sequuntur, nisi forte appellatione dominii, latius sumpto vocabulo, cætera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantum in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa, & scilicet principalis illa, quæ non alii competit, quam vero rei domino, *leg.* 23. *ff. de rei vind.* Igitur emphyteutæ & superficiario, qui veri domini non sunt, non datur: at his datur in rem utilis, *l.* 1. §. 2. *si arg. act. leg.* 74. *de rei vind.* Nimirum propter aliud jus, quod in re habent; quod sive dominium utile, sive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitæ eadem omnia obtinet, quæ in directa.

(16) *Rem corporalem possideat, quam Titius suam esse, &c.*) Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda sunt, a parte actoris dominium; a parte rei conventi possessio; id quod ostendit tum hic locus, tum *l.* 25. *in princ. ff. eod. l.* 23. *in princ.* junct. *leg.* 36. *& ultima ff. de rei vind.* Primum, quod hic intendit actor & probare debet, est, se dominum esse; etenim causa petendi in actione in rem tota fundata est in jure dominii, ex quo formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret, rem petitoris esse*. Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud dubitationem habeat, an ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, necesse sit, ut tempore litis contestatæ dominus sit, an vero sufficiat, ante sententiam dominium ei supervenisse. Jure Canonum res definita est, nimirum possessorem nihilominus condemnandum esse, *cap. Abbate* 3. *x de re judic. in* 6. At quæritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro existimo, ex ratione juris civilis nova hic opus esse interpellatione, per expressum textum in *leg.* 23. *ff. de judic.* qui locus non patitur, ut dicamus, tempus, quo dominium supervenit, fictione juris retrotrahi ad tempus impetratæ actionis aut suscepti judicii: & bene idem Faber judicat, non procedere argumentum a reo, qui post litem contestatam possidere cœpit, ad actorem, qui post id tempus dominus factus sit: nam ex parte actoris potissimum judicium fundatur, & res in judicium deducitur; non potest autem dici, in judicium deductum esse id, quod demum post acceptum judicium actor acquisivit, ac proinde nec potest judex datus in hac specie procedere ad condemnationem: sed nova formula a Prætore impetranda, novumque constituendum judicium est, *dict. leg.* 23. junct. *l.* 18. *ff. commun. div.* Plane ubi apud ipsos magistratus judicium instituitur, quod post *l.* 2. *Cod. de ped. jud.* fere necessarium fuit, nihil vetat, quominus sine ambagibus recta & eodem judicio lis decidatur, & possessor in hujusmodi casu condemnetur. Et cur vero absolveretur, mox alio judicio ab eodem condemnandus? Continuatio certe dominii in persona actoris præcise requiritur: nam si is post litem contestatam dominus esse desierit, & in eadem causa manserit usque ad tempus ferendæ sententiæ, reus omnino absolvendus est, utpote cessante causa agendi, cujus non minus tempore sententiæ, quam quo lis contestatur, ratio habetur, per *l.* 7. §. *ultim. ff. de exhib.* ita & Jas. *hic n.* 69. ex communi DD. sententia. Alterum, quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus, est, ut is, cum quo agitur, possideat. (17) Nam cum hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet, & secundum naturam hujus actionis, quæ arbitra est, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quam sententiam ferat, jubeat rem restitui, §. *præterea* 31. *infra eodem*. Non potest aut debet huc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit vero ad reum condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicanda est, etsi non possidebat, cum lis contestaretur, *leg.* 27. §. 1. *de rei vind.* Possessionem autem

zutem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentores, id est, qui corpore tantum rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent: quales sunt, apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt, &c. *leg.* 9. *ff. de rei vindic.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, *leg.* 2. *Codice ubi in rem act.* Interpretatione juris pro possessore quoque habetur, qui se liti obtulit, judiciumque accepit decepto petitore, *leg.* 7. *leg.* 25. *& seq. ff. de rei vindic.* item is, qui dolo fecit, quominus possideat, *leg.* 22. *l.* 27. §. 3. *l.* 36. *dict. tit. leg.* 25. §. 8. *de hæred. pet.* De quo res postulat, ut plura dicamus, & simul quid juris, si dolus non intervenerit. Si reus, cum jam lis contestata esset, possessionem amiserit; si quidem sine dolo malo aut culpa, absolvendus est, eoque pertinet *dict. l.* 27. §. 1. si culpa sua, pati debet æstimationem; ita tamen, ut audiendus sit, si desideret ut adversarius actiones suas cedat, *dict. leg.* 35. §. 1. junct. *l.* 63. *eodem tit.* si dolo, vel fraude, damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit, nec auditur desiderans actiones sibi præstari, *l.* 68. *& l. seq. eodem.* Non est autem dubitandum, quin judex perinde hic procedat, ac si is, unde petitur, adhuc vere possideret, scilicet ut, quæ natura est hujus judicii, primum jubeat rem restitui: & si non restituatur, tum sequatur ea, quam dixi, & eodem judicio condemnatio; postquam placuit, dolum pro possessione esse, & pari in omnibus jure utrumque censeri, eum, qui quid habet vel possidet, & cujus dolo factum sit, quominus possideat, *l.* 131. *l. parem*, 156. *leg. ad ea* 157. 1. 1. *de reg. jur.* facit *leg.* 20. §. *ult. de hæred. pet.* Proinde tantum non nugas agunt, qui nova hic instantia & judicio opus esse contendunt hoc solo argumento, quo adversus eum, qui dolo possidere desiit, non directa, sed utilis actio detur, *leg.* 3. §. *ult. de alien. jud. mut. caus.*. Equidem fateor, id ita esse, cum ante litem contestatam dolo possessio amissa est: ubi vero semel judicio inclusa est actio, uti cœpta est, ita eam peragi oportet, nec petitori nocere debet dolosi factum possessoris. Porro cum superiores regulæ & si quæ sunt generis ejusdem, simpliciter & indistincte definiant, dolum pro possessione esse, eumque qui dolo possidere desiit, condemnandum perinde quasi adhuc possideret; ex eo recte colligitur non tantum eum, qui post litem contestatam dolo possidere desiit, pro possessore haberi, sed eum etiam, qui ante litem contestatam similiter per fraudem possessionem transtulit: ac proinde hunc quoque judicio in rem conveniri posse, quæ collectio firmatur ex *l. in rem*, 23. §. *penult. de rei vend. l.* 1. §. *ultim. de tign.* junct. *leg.* 9. *princ. ad exhib.* item ex eo quod Cajus in *leg. qui Prætorio* 36. *dict. titul. de rei vind.* scribit, eum, qui in rem acturus est, dispicere debere, an is, cum quo experiri vult, possideat vel dolo possidere desierit. Atque ut nullus dubitationi locus relinquatur, textus in hanc rem expressus est in *leg.* 27. §. 3. *ff. de rei vend.* Quia vero revera is, cum quo hic actio instituitur, non possidet, sed juris tantum interpretatione pro possessore habetur, hac consideratione utilis hæc actio dicitur, *leg.* 3. §. *ultim. de alien. jud. mut. caus.* Unicum est, quod hic objici possit, & quo moti Jason, & Zasius in contrarium abierunt, nimirum si cum eo, qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, actio in rem institui posset; frustra videri introductam a Prætore actionem in factum edicto *de alien. judic. mut. caus. fact.* Verum hæc objectio levior est, quam ut tantos viros turbare debuerit. Nam edictum illud non tantum pertinet ad translationem possessionis eludendæ actionis in rem causa factam, sed generaliter ad omnem alienationem, quæ data opera fit in fraudem nostram, ut eluforia efficiatur actio, qualiscumque ea sit qua metus erat nos experturos esse *leg.* 4 §. 2. *leg.* 8. 9. *& 10. de alien. judic. mutat. caus.* Nihil vero absurdi est, si dicamus, utile judicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris sit, utra actione experiri velit. Quinimmo hoc diserte satis traditum est *in leg.* 3. §. *ultim. dict. titul.* Tantum Jurisconsultus electionem actoris ita moderatur, ut si is, cum quo ex edicto agi potest, paratus sit utile judicium pati, deneganda sit in eum actio ex edicto, scilicet quia ea obligatione fiat, ut actoris nihil intersit. Ex contrario vero concedendum non est, utile judicium in rem defugere possit, qui paratus sit suscipere actionem ex edicto.

(8) *Possessor autem dominus ejus se esse dicat*) Priscis temporibus ita moris fuit: ut cum actor vindicasset, rem suam esse, tunc possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis: qualis est illa, quam profert Cicero *pro Muræna*, *cap.* 12. *Fundus Sabinus meus est. Immo meus*: cui similis illa apud Plaut. *in Rudent. Hunc meum esse dico. Et ego item ajo esse meum.* Vide Boet. in *Topic. Ciceron.* Gell. 20. *Nect. Artic.* 10. Brisson. *lib.* 5. *de formul.* Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necessaria fuerit, sive ἐπὶ τὸ κάλλιον, honestatis forte causa usurpata, certum est, posterioribus temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim jure, quo nunc utimur, cautum est, ut actore non probante intentionem suam, reus, quamvis nihil ipse præstiterit, absolvatur, inque suo loco possessio maneat, *leg.* 4. *Cod. de edend. leg. ult. Cod. de rei vindicat.* §. 4. *infra de interdict.* ac ne ad hoc quidem possessor compelli possit; ut vel titulum possessionis suæ edat, *leg.* 11. *Cod. de pet. hær.* cum tamen, qui titulum possessionis suæ dicit, non continuo dominium sibi asserat: constatque, judicium rei vindicationis etiam consistere & peragi, cum in confesso est, reum non possidere affectione domini, sed alieno nomine in possessione esse, *leg.* 9. *ff. de rei vindic.* Absurdum autem est, exigere a reo, ut quid dicat, quod aut aperte falsum sit, aut probare non cogatur, & quo non probato, nihilominus obtineat, si suam intentionem actor non impleverit. Denique nihil interest actoris, reum contra vindicare. Minime igitur ex eo, quod Imperator. exemplum hoc loco forte profert mutuæ vindicationis, inferenda est juris aliqua necessitas, quasi ad defensionem possessoris omnino necesse sit, ut is contra vindicet, & se dominum rei ejus, quæ petitur, esse contendat: & vulgatum est, verba narrative posita non censeri dispositiva, quando in his principaliter se legislator non fundat, ut notatum supra §. 4. *de milit. testam.* quod hic non fit. Hæc vera est hujus loci & genuina interpretatio, non spuria depravatio, ut eam appellat Antonius Contius 1. *distinct.* 12. stolidi alicujus ostentatoris. Deridet Contius ut ineptum atque ab ignaro artis dialecticæ profectum hoc enthymema: Si actore non probante reus absolvitur, nec cogitur reus contra vindicare: ipse vero sic ex contra-

trario ratiocinatur. Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vindicare. Atqui hoc entymemate non tollitur necessitas consequentiæ, quæ est in superiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo, quod contra non vindicaverit: nec aliter falsitatis convinci connexio partium in præcedente illo axiomate potest, quam si ostendatur, reum, qui contraria vindicatione usus non est, protinus condemnandum esse, licet de intentione sua nihil probaverit petitor. At hoc nec Contius dicere ausus sit: quin ipse tacite contrarium fatetur, dum ideo reo necessitatem contra vindicandi imponit, quin fieri possit, ut actor probet: ex quo quidem efficitur prodesse reo quod initio litis contra vindicet, minime vero ad instituendam & fundandam actionem sufficere simplicem rei inficiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipsum, quod contendit Contius, falsum esse non dubito, & possessorem, qui simpliciter negavit actorem dominum esse, non minus audiendum, si impleta intentione petitoris, se dominum esse probare velit, quam si initio contra vindicasset, *arg. leg. 9. Cod. de except.* Utique nihil hic fit contra regulas, quæ sunt de exceptionibus in principio litis contestandis. Nam si possessor licet simplici inficiatione usus admittatur ad confutandas petitoiis probationes, atque ut contra se dominum esse ostendat: non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quam quod in ingressu litis dixerat, actorem dominum non esse, cum ejusdem rei duo in solidum domini esse non possint, *leg. 5. §. ult. commun. divid.* Cum autem actoris probationibus per contrarias res elisis perinde habeatur; ac si nihil probatum esset, hoc unum relinquitur, ut reus absolvatur. Plane si possessor non tantum absolvi se, sed dominum etiam declarati velit, recte faciet & mori judiciorum antiquo convenienter, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat, & contra vindicet, *arg. leg. 18. comm. div.* Quæ sit petitio hujus actionis propria, ex his, quæ dicta sunt, sponte intelligitur: cum enim hæc actio sit, per quam rem nostram petimus, *leg. 25. de oblig. & action.* prius est, ut actor intendat rem suam esse, quæ ab alio possidetur: sic deinde eam petat, id est, restitui sibi a possessore postulet: at utrumque officio judicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse judex pronuntiat, remque ei restitui jubet cum fructibus, & omni causa, *leg. 20. l. 35. §. 1. ff. de rei vind.* Quod si possessor restituere jussus non pareat, sequitur illa sententia, qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transferatur, *leg. 46. l. 68. dict. tit.*

TEXTUS.

De actione confessoria, & negatoria.

2. *Æque si agat quis, jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio jure prædiorum urbanorum: veluti si quis agat, jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive, istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius appa.ebit.*

NOTÆ.

1. *Altius ædes suas tollendi*) Altius ædificatur jure servitutis a vicino imposito & ædificanti quæsitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita est ædificanti licentia, & vicinus ædificanti concessit formam præscriptam excedere: atque hoc casu actio est confessoria. Cæterum jure libertatis & negatoria agitur, *leg. 8. Cod. de servit.*

Sed negativæ) Passim negatoriæ. Actio negatoria proposita est neganti se servitutem debere; confessoria servitutem sibi asserenti, *tit. si usufr. pet. & tit. si serv. vind.* quod magis ex re perita, quam ex figura orationis æstimandum.

Proditum non est) Quoniam in controversiis rerum corporalium qui negative agit, de alieno jure, non de suo agit; qui negat rem possidentis esse, non continuo evincit suam esse, *l. 15. de excep. rei judic.*

Ei qui possidet, non est actio prodita, &c.) De re corporali nunquam in rem actio ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *leg. 1. §. 6. uti poss.* Secus est in servitutibus, quarum usus in alieno est.

Sane uno casu) Ita quoque Theophilus alias, *non uno casu*. Goveanus, *Sane hoc uno casu*, id est, in controversiis serviturum. quomodo & in duobus codicibus Theoph. ἐν ἑνὶ δὲ μετρήματι. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam esse, confessoriam, & negatoriam, utramque in rem.*
2 *An hæ actiones etiam pro alio jure dentur, quam pro servitutibus.*
3 *Actiones hasce non ex figura verborum, sed ex sententia & re petita æstimandas.*
4 *Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut ostendatur, bene vel male eum inter formulas confessorias hanc ponere, Ajo, mihi jus esse ædes meas altius tollendi: & contrariam inter negatorias.*
5 *Accurata demonstratio, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei, qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat.*
6 *Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam non esse, & quare?*
7 *Cur eadem prodita in rebus incorporalibus?*
8 *Cur in rebus corporalibus actio ultro possessori non detur? Hotomanni correctio & disputatio confutantur.*
9 *Frustra esse omnes, qui unicum illum casum, de quo in hujus §. calce, quærunt.*

ÆQue si agat quis) Respicit ad id, quod dixit §. præcedenti, *veluti si rem corporalem possideat quis, &c.* quasi dicat, etsi modo de actione in rem ver-

verba faciens rei corporalis mentionem habuit, sciendum tamen est, etiam rerum incorporalium nomine, quæ nostræ sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de usufructu & cæteris servitutibus. (1) Et observandum est, quod in hoc genere rerum non una tantum actio prodita sit, ut in controversiis rerum corporalium, sed duæ diversæ, una servitutem sibi competere asserenti, altera neganti servitutem ad alium pertinere: qua servitus asseritur, confessoria; qua ad alium pertinere negatur, passim negatoria a prudentibus vocatur, *l. 2. ff. si serv. vind.* interdum negativa, *leg. 5. si ususfruct. pet*, & a Justiniano hoc textu. Ambæ in rem, utpote quibus rem nostram petimus, aut vindicando, aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & duplex horum tit. *si usufr. pet. vel ad alium pert. neg. si servitus vind. vel ad al. pert. neg.* inscriptio, & concepta iis verbis, quibus actio in rem significatur, scilicet petitionis & vindicationis, *l. 25. & leg. 28. de oblig. & act.* Servitutum quædam sunt personarum, ut usus & ususfructus, quædam rerum sive prædiorum, *leg. 1. ff. de serv.* & quæ prædiorum sunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam prædiorum rusticorum. Sed de servitutibus ipsis tractare, aut de earum constitutione, non est hujus loci, pertinet ea tractatio ad secundum juris objectum, actumque de iis *supr. lib. 2. tit. 1. & 2. seqq.* Quod vero exempla singulorum generum hic proferuntur; ideo tantum fit, ut intelligamus, de omnibus actiones in rem quas diximus competere: nec est de eo ulla controversia. (2) Verum illud quæritur, an non præter servitutes quæ solæ hic commemorantur, sint alia quædam jura, quorum tuendorum causa similiter ut pro servitutibus actio confessoria aut negatoria jure nostro comparata sit; veluti ut quis jurisdictionem sibi asserat, ut ad alium pertinere neget. Et bene Vaud. 1. *variar. quæst. 27.* probat non esse. Nam si plura sunt harum actionum habilia objecta; cur solæ nominantur servitutes? aut confessoria & negatoria, ut ususfructus & servitutum actiones proprie, a Jurisconsultis proponitur? *leg. 1. leg. 4. fere per tot. si serv. vind. l. 5. si ususfruct. pet.* quibus in locis observare licet, hæc, ut ἐπὶ τὸ πολὺ, sæpe inter se permutari, actio confessoria & negatoria, & actio de servitutibus. Infamiam suam produnt in rebus ad formam ac constitutionem Reipublicæ Romanæ pertinentibus, qui putant, potuisse etiam magistratus populi Romani hujusmodi actione aliqua, saltem utili, suam sibi defendere, & vindicare jurisdictionem: nam ut actio nobis competat, necesse est, rem quam petimus in bonis nostris esse, *argum. leg. rem, 52. de acquir. rerum domin.* id est, vel nostram esse, vel nobis debitam, *leg. bonorum, 49. de verb. signific.* quod & ostendit actionis definitio, ut ea a nobis explicata est. Jurisdictio autem non erat res magistratuum propria, aut pars eorum patrimonii; sed ex concessione tantum principis aut populi, magistratus omnes nec ultra annum eam exercebant; ut ridiculum sit existimare, pro ea sibi tuenda actionibus experiri potuisse. Plane hodie, postquam jurisdictio facta est patrimonialis, possunt actiones de servitutibus ad eam quoque vindicandam accommodari per extensionem, ut principes, comites, sive alii, qui cum territorio jurisdictionem perpetuam habent, pro ea sibi asserenda utili confessoria experiantur contra eos, qui exercitionem ejus impediunt; quæ & communis est Interpretum sententia; teste Suarez *recept. sentent. n. 25.* addit. Gaili, 2. *observat. 66.* Schneid. *hic num.* 11. (3) Illud monendi sumus, nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quam ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata esse. Nam, ut ex definitione utriusque actionis constat tradita in *leg. 2. §. 1. si serv. vind.* & exemplo proposito in *leg. 4. 1. competere*, confessoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etsi oratio verbis negativa est: & qui vi ipsa negat, rem suam servire, agit negatoria, etiamsi verbis affirmantibus intentio concepta sit. Intendit ergo aliquis habere se jus altius tollendi invito vicino, negatoria utitur, etsi oratio affirmativa est, quia ipsa negat, servitutem se vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi quo minus ædes altius tollat, quo modo si concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. Ex contrario, agit aliquis, jus vicino non esse ædes suas altius tollere; hic agit confessoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius ædificet, quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, *dict. log. 4. §. 7.* Atque hoc quidem est in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumscripta est: quod si certa altitudo publice constituta sit, supra quam ædificare invito vicino non liceat, eveniet nonnunquam, ut & prior formula, uti verbis affirmativa est, ita & re ipsa sit, & vindicandæ servituti per confessoriam accommodata: & contra posterior ut verbis negat, ita & sententia verborum negatoriam contineat, qua servitus negetur, asseratur libertas, ut mox clarius apparebit.

(4) *Jus sibi esse altius ædes tuas tollendi*) Si verum est quod modo diximus, utrum actio pro confessoria aut negatoria habenda sit, magis ex sententia verborum & re petita æstimandam esse, quam ex orationis figura, videri potest Tribonianus deceptus formularum conceptione his aliquid turbasse, ac per incuriam formulam hanc, *Ajo mihi jus esse altius ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confessariorum conjunxisse, quibuscum nihil commune habet præter externam verborum formam. Et contra paulo post actionem, per quam intendo, jus non esse vicino altius tollendi, eodem errore, quia verbis negativa est, conjunxisse cum negatoriis. Nam secundum ea quæ diximus, ut prior illa vi ipsa negatoria est, quia qui ea utitur, nullam servitutem sibi vindicat, sed effectu negat, se alteri servitutem altius non tollendi debere: ita contraria, qua agens negat, vicinum jus habere altius tollendi, effectu est confessoria, quia servitutem istam suis ædibus a vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine a Glossa & Horomanno reprehendi, nec non novissime a Bachovio, qui eo amplius ἁμάρτημα istad Triboniano potius condonandum contendit, quam admittendas esse inanes quasdam conjecturas, quæ pro defensione Triboniani afferuntur, excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi servitutis sibi constitutæ confessoria vindicare possit; aut contra quo quis jure libertatis ædium suarum negatoria agat, jus non esse vicino tollere ædificium suum. Et sane species, quæ a Glossa proponitur, exemplum manifestum est negatoriæ, nempe si cum vicino, cum esset in quasi possessione juris, ne ego altius ædificatum habeam, agam, jus mihi esse altius ædificatum habere, quam palam est, non servitutis, sed libertatis vindicationem esse, *leg. 8. Cod. de servit. leg. 9. ff. de servit. præd. urb. leg. 3.*

§. *competit. 7. leg. si serv. vind.* Fatendum quoque est, non quadrare exemplum, quod profert Dynus, & post eum Jason *hic n.* 43. Si oneris ferendi causa servitus imposita sit, & vicini ædibus, quæ serviunt, collapsis alter agat, ut denuo extruantur & in eam altitudinem paries erigatur, ut secundum legem impositæ servitutis recipiendo oneri nostrarum ædium sit idoneus. Hoc enim exemplum est vindicationis diversi generis servitutis, nempe oneris ferendi, quam vindicando simul consequimur, ut vicinus ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari fatemur eos, qui exemplum confessoriæ de hac servitute peti posse putant ex *l.* 17. §. 2 *de servit. prædior. urb.* & nimirum tale. Si cum mea interesset vicini ædes altius tolli, forte ut per repercussionem lumen in meas ædes depressiores devolveretur, vicinus mihi cesserit servitutem altius tollendi, & postea cum eo experiar, ut altius tollat. Nam & hoc æque alienum est. Ut enim formulæ confessoriæ, de qua agimus, locus sit, quærenda species servitutis non ab eo debita, de cujus ædium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quamquam dari talem servitutem posse non existimo, per *leg.* 15. §. 1. *de serv.*) sed ei ipsi debita, quæ tollit: ac proinde qui ad suum commodum id facere possit invito vicino; eoque non patiente servitutem sibi competentem vindicare hac formula, *Ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi*: aut *licere altius tollere, l. 2. de serv. præd. rustic. leg. 7. §. 1. comm. præd.* Denique fateor, si pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rursus concessa sit, ne sic quidem jure servitutis mihi posteriori pacto constitutæ intendere, me posse licere mihi altius ædes meas tollere. Quippe cum posteriore pacto non nova mihi servitus a vicino constituatur, sed quæ illi a me constituta erat, remittatur, ut jam res mea redeat in libertatem naturalem, de qua si experiar, agam quidem, jus esse mihi altius ædificare, sed jure rei meæ quæ jam amplius non serviat, ac proinde actione negatoria, *dict. l. 7. §. 1. & dict. h. 4. §. 7. si serv. vindic.* junct. *l. 8. C. de servit.* Idemque dicendum esse, si vicinus, quod juris contra me longa quasi possessione sive præscriptione quæsierat, postea remiserit. Et hactenus quidem nihil recte pro Triboniano. Sed est aliud, cujus paulo ante mentionem feci, quod ad defensionem ejus adferri potest, non in vana aliqua conjectura positum, sed subnixum manifesta auctoritate conditorum juris, quam frustra conatur eludere Bachovius, ut fuse probavimus in exegesi §. 1. *supr. de serv. prædior.* quam obrem hic erimus breviores. (5) Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat, patet ex Cajo *l. 2. de servitut. præd. urb.* qui eo loco diserte dicit, jus altius tollendi esse jus urbani prædii, atque hoc ipsum jus ut servitutem diversi generis segregat a jure non extollendi. Idem facit paull. *leg. 1. dict. tit. & leg. 7. §. 1. comm. præd.* Item Nerat. *l. 2. de servit. præd. rustic.* ubi apertissimis verbis rustici prædii servitutem esse pronuntiat, *licere altius tollere & officere Prætorio vicini*. Loquitur Jurisconsultum suo arbitratu, eo loco prædium rusticum appellans ædificium, quod ruri est, non considerato juris effectu, cujus alioqui consideratione etiam ædificia quæ in agris sunt, pro urbanis prædiis haberi solent, *l. 1. comm. præd. l. urbana, 198. de verbor. signif.* quod ad rem præsentem nihil pertinet, & alibi explicatum est. Accedit, quod in *l. 1. Cod. de servit.* rescriptum ab Antonino est, servitutem altius sublatam habendi sive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa possessione acquiri posse. Quæ constitutio evertit commentum Bachovii negantis jus altius tollendi servitutem dici posse, nisi quatenus relatio sit ad vicinum, qui altero altius ædificante, ipse contra ædificare & luminibus ejus officere jure constituta servitute non potest, ut supradicto loco pluribus ostensum est. Hoc igitur posito, dari hujusmodi aliquam servitutem, restat ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditant, *lex 11. de servit. præd. urb. lex 1. l. penult. §. 1. Cod. de ædif. priv. l. 1. Cod. de servit. l. 14. de serv. præd. urb.* Tacit. *lib. 15. annal. c. 42.* Strabo *lib. 6. pag. 162.* Aurel. Victor *in epitom.* quibus omnino add. Petrus Fab. *ad leg. donum suam, 61. de regul. jur.* Hi loci atque auctores non docent, ædificiorum altitudinem olim restrictam fuisse ad certum modum; & in plerisque civitatibus, & ipsis etiam urbibus, Roma & Constantinopoli, quem modum excedere ædificando non liceret: deinde etiam non potuisse dominum in area sua ædificare, nisi intermisso legitimo spatio a vicina insula, ut testatur Papin. *dict. leg.* 14. Utrumque autem in vicinorum gratiam: illud propter discrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vicinum, quam dominum ipsum tangit; hoc ut saltem tantum luminis, quantum distantia illa afferebat, vicini haurire & cælum videre possent: notum enim est, quo magis distat a vicino paries, eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere: fortasis etiam propter metum incendii, quo in una domo orto contiguæ quoque facile corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentia, & ea quæ dixi gratia, jus altius tollendi alias libertatis esse potuit, non raro item contra, impositæque a vicino & alteri quæsitæ servitutis: seruti & nunc esse potest, sicubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publice constituta est, supra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam si forma præscripta non exceditur, hactenus libere & jure rei suæ quique ædificat, potestque id facere etiam cum incommodo vicini, eo quoque obtinente: uti jure gentium ædificare quisque potest in infinitum cum nulla ædificiorum forma definita est, *l. 9. l. 11. de serv. præd. urb. leg. 8. Cod. de serv.* nimirum in suo facere quisque, quod lubet, potest, dum in alienum nihil immittat, *l. 8. §. 5. si serv. vind.* Proinde si quis hic, prohibitus a vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem, jus sibi esse altius ædificandi, is ædes suas hactenus liberas esse contendit, negans servitutem se debere, utiturque ex definitione, *leg. 2. §. 1. dict. tit.* actione negatoria, non confessoria: ut fatendum sit, erravisse Tribonianum, si credidit, pro vindicando jure altius tollendi confessoria agi, si jus illud aut plane liberum sit, aut restrictum quidem ad certum modum, sed intra quem agens consistere volet. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipali formam sive altitudinem non custodire: hic jam reperiamus exemplum & actionis confessoriæ de servitute altius tollendi, negatoriæ de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi concesserit jus, invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & officiendi luminibus suis, hoc jus servitutis erit, qua pati debeat, quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædificare cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, *leg. 15. §. 1. de servit.* & proinde si me impediat, quominus altius ædificem, hic locus

eus erit actioni confessoriæ, qua intendam, jus mihi esse ædes meas altius tollere: quam servitutis vindicationem esse in specie proposita, dico, cum ex jure impositicio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi servitutem debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Ex contrario si vicinus nullum mihi jus cesserit, atque ego nihilominus supra statutum modum ædificare incipiam, hic jam locus erit negatoriæ, qua vicinus intendat, jus mihi non esse invito se ædes meas extollere: quæ liberratis vindicatio, non servitutis est; cum hac intentione servitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hactenus liberæ esse dicantur, ut me altius ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi potest, si certum aliquod spatium jure publico definitum sit, quod in ædificando intermittatur a vicini insula; *juxta leg.* 14. *de servit. præd. urbib.* Atque his casibus etiam servirutis, quam quærimus, locum obtinet longi temporis consuetudo, ut scriprum est in *l.* 1. *Cod. de servit.* His autem, quæ diximus, non obstat, quod prius confessi sumus, si libertas adempta sit pactione, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam duntaxat altitudinem ædificarem, & idem vicinus mihi postea concesserit ædificare altius, non novam hoc mihi servitutem constitui, sed constitutam pacto posteriore remitti, remque meam sic redire in pristinam libertatem. Cum enim lege potestas naturalis libere ædificandi sublata est, licet unus e vicinis mihi cesserit jus altius ædificandi, quam invito eo per legem liceat, manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate respectu cæterorum vicinorum, quorum interest ædes meas altius non tolli: nisi ponamus, omnes simul cessisse, quo casu concedam, liberas eas fieri. Ad hujusmodi igitur statuta, facta in gratia vicinorum, interpositasque contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium usum, si Tribonianus respiciens formulam, qua quis intendit, jus sibi esse ædes suas vicino invito altius tollere, confessoriis adscripsit, & contrariam negatoriis, nullus error ei objici potest. Addimus semper *vicinorum gratia*. Nam si quid præcise constitutum sit non habita ratione vicinorum, sed ornatus tantum publici causa, locum habet regula, pactis privatorum juri publico derogari non posse, *l.* 38. *de pact. cum simil.* Vidit hoc primo Joan. Faber; diligentius expositere Zas. Bar. Donell. & novissime Christoph. Riccius in *præmiss. vind. juris* c. 14. Si cui tamen adhue scrupulus hæret, eximent ea, quæ scripsimus supra memorato loco.

Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est) Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum generum, confessoriæ, & negatoriæ, de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoriæ: quamquam in harum rerum vindicatione verbo *confessoriæ* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicumque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alio agere oporteat, *leg.* 3. *si usufruct. pet.* id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali servitute, aut rei nostræ libertate. Estque in promptu hujus rei ratio. Nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovetur: cum si res adversarii non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem, quam petiit, adversarii esse negat, non ideo affirmet, hic quicquam suum est, unde est, quod inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno duntaxat. In servitutibus vero contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac inficiatione vi ipsa simul aliquid suum esse affirmat: id est, rem suam liberam esse, *leg.* 4. §. 7. *si serv. vind.* & proinde de suo jure, non alieno agit, ut est in *dict. l.* 5. *si usufruct. petat.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admissa est: non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

(7) *Nam in his agit qui non possidet*) Ratio declarans id, quod proxime dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse: quia scilicet sic comparatum est, ut in his solus agere possit, is qui non possidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non paritur. De quo plura paulo post. Indicatur autem hic alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia: nimirum quod in istis is solus agere possit, qui non possidet; in his etiam, qui sit in possessione. Videamus quam recte. Si rem corporalem possidenti in rem actionem dari volumus, ea aut confessoria erit, aut negatoria. Ut confessoria possessori detur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam nostram esse asserimus, nobis restituatur. Hæc vero intentio nullo modo potest convenire possessori. Ridiculum enim est petere, quod habeas, aut quid restitui ab eo, qui non habeat, ac proinde restituere non possit. Contradictionem quoque implicat, si quis intendat se possessorem esse, & nihilominus rem sibi restitui postulet ab adversario. Quod si contendat, rem esse penes adversarium, & tamen ab eo sibi velit restitui, cum ipsa rerum pugnat natura, per quam fieri non potest, ut quis restituat, quod non habet. Negatoria quoniam possessori detur, natura impedimento non est: nihil enim prohibet, actionem ultra possessori dari adversus turbatorem, eumve, quem sibi possessionis controversiam facturum metuit, ut inuietetur, exemplo negatoriæ de servitutibus, *leg.* 5. §. *ult. si usufr. petat.* sed tamen ne hæciquidem possessori rei corporalis prodita est, quia visa est non necessaria, & sufficere possessori ad servitutem, quod possideat, *leg.* 1. §. 6. *uti possid.* Plane ad evincendum rem suam esse, quod qualis actione in rem agens effectu intendit, tam possidenti rem corporalem, quam non possidenti, inepta & inutilis est negatoria: quia nemo se dominum esse, aut rem suam esse evincit, propterea quod negat esse adversarii, ut dictum est supra. In rerum incorporalium sive servitutum & libertatis vindicatione omnia contrario modo se habent: nam nec minus is, qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quam is, qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quam si non sit. Et hoc est, quod Ulpian. scribit, in servitutibus possessorem & possessorem juris & petitorem esse, *leg.* 6. §. 1. *si serv. vind.* quod & traditur in *leg.* 8. §. 3. *dict. tit.* 5. §. *ult. si usufr. petit.* Nascitur hæc diversitas ex eo, quod rerum corporalium possessio ita comparata sit, ut nemo eam possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim, intervertere possit: aut adeo supervacuum sit, actionem ei ultro dari, cum ad securitatem

hoc

hoc ipsi sufficiat, quod possidet, *dict. leg. 6. §. uti possid.* Rerum vero incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu, & alterius patientia: estque is usus non rei nostræ, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in prædio alieno, patiente domino fundi, aliquamdiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit, *leg. 3. de usufruct. leg. ultim. de servit.* potest tamen dominus fundum suum occludere, cum videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum immissum habeo in parietem vicini: ego sum possessor, *leg. 8. §. 3. si serv. vind.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quoties vult, efficere potest, ne tignum immissum habeam, vel sciente vel ignorante me, tignum præcidendo, vel diruendo parietem. Hæc autem res cum faciat, ut effectu nec servitutem possidere videar; certe non ita possidere, ut mihi sufficiat, quod possideam, qui non eo magis sum securus, ideo merito hæc actio necessaria visa est, qua consequar servitute utendi securitatem, *leg. 5. §. ultim. si usufruct. petat.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio est: nam & libertatis rei nostræ possessio nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui ea nos uti libere patitur: quam patientiam etsi aliquando præstitit, potest tamen, cum vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutem. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possideat, prodita est ei actio negatoria qua ultro judicio experiatur, libertatemque rei suæ asserat, hoc effectu, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulpianus *in dict. leg. 5. §. ultim. si usumfruct. petat* Notandum autem, etsi possessor juris ultro actionem moveat, lite tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodo autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maxime actionem ipse instituerit, *leg. 8. 2. 3. si serv. vind.* & ideo frustra hic nobis objici, quod a veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores aliter litem expediri, quam si alter petitor, alter possessor sit, *leg. inter, 62. de judi. leg. 1. §. 3. uti possid. §. 4. infr. de interdict.* Ut redeam ad proposita verba textus, ait Justinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non possidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat; actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse? Hoc nimirum, ut si aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari possit, non possit tamen non possidenti. Jam vero in istis rebus si quis agat, eum solum jure agere, qui non possidet. Ex quo sponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vindicatione locum non habere, sed confessoriam duntaxat. Et potest etiam revera quisque hoc se intelligere, posito eo, quod in rebus corporalibus is solum recte agat, qui non possidet. Enim vero si dari aliquam in proposito actionem non possidenti volumus, ea non alia esse potest, quam per quam rem suam petat, ac proinde quam & suam esse intendat: nam si neget suam esse, in se telum torquet: si neget esse adversarii, nihil hoc ad probationem ejus, quo intendit, rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo, ut non possidenti non alia actio in lite de corporali accommodari natura possit, quam confessoria.

Ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse) Hæc pars aperte per adversativam a præcedenti distinguitur, tanquam diversum continens. Quid ergo illud est? Nempe hoc. In priori parte enuntiati dixit, in controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet: ex quo solo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non posse: ideo vero non posse, quia natura rerum non patitur, talem actionem ad rem suam perendam non possidenti dari. (8) Nunc ei item qui possidet, eamdem actionem detrahi, sed ita loquitur, ut non obscure indicet, esse id ex alia causa, quam ea, ob quam qui non possidet, hac actione agere nequit: non enim naturam obstare, quominus possidenti detur actio adversus turbatorem, quam neget rem ejus esse, & sic quiescere eum per judicem jubeat, quomodo agitur interdicto, *leg. 1. §. 4. & 6. uti possid.* sed tamen possessorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non sit prodita. Cur autem prodita non sit, jam ante explicatum est. An ergo dabitur confessoria? minime. Neque hoc ex eo, quod possidenti tantum detrahit negatoriam, contra mentem Justiniani colligendum est, cui solum propositum, probare, negatorias actiones in controversiis de re corporali nullum esse usum. Ex his jam satis patere arbitror, causam nullum esse, cur quæ certo hic scripta sunt, mutemus, aut vel latum unguem recedamus a constanti librorum omnium lectione. Theophilus *in paraphrasi* sic locum Græce reddidit, τὰ γὰρ πράγματα ἐν δικαίῳ in rem. An ideo, quia paraphrastes verba illa, *per quam neget rem actoris esse*, non expressit, sed simpliciter & generaliter scripsit, actionem in rem rei, qui possidet, proditam non esse, prorsus locus hic mutilandus, & verba ista detrahenda sunt? Nam etsi non detrahas, recta tamen & vera loci sententia, licet, si demas, aperrior. D. Hotomannus, cui tota periodus suspecta est, locum censet restituendum hoc modo: *Ei vero, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse*, aut forte *actoris*. Sed nulla, ut ego quidem existimo, necessitate: nam & particulæ adversativæ *vero* sua vis constat retenta lectione communi, ut paulo ante demonstravimus, & verum est, actionem negativam possidenti non esse proditam, cum sit nulla, teste Ulpian. *leg. 1. §. 6. uti poss.* Ipse Hotomannus dum colorem inferendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Justiniano culpaverat, mox laudat, ut præclare dictum ab Ulpiano. Frustra autem pro voce *actoris* substituas *alterius* vel *auctoris*: cum ex verbis Justiniani præcedentibus & antithesi, qua actorem opponit ei, qui possidet, perspicuum sit, actoris verbo hic intelligi eum, qui non possidet; non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc causa ageretur, actor esse deberet. Sic ergo adstructa hujus loci lectione & sententia, videamus, an recte & legibus argumentandi convenienter hic disputet Justinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: *Controversia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non possidet, aut ab eo qui possidet: Neutro autem in genere locum habet negatoria actio: ergo in totum in his controversiis locum non habet.* Bene, si quid unquam. Probatio enim est ab enumeratione partium, quarum a singulis in assumptione removetur actio negatoria. Quod ad efficiendum id, quod proposuerat, firmum & satis est. Quamobrem miari satis non possum, D. Hotomannum, qui scribit, sæpe se tentasse, aliosque etiam artifices se peritiores adhibuisse, quo

hanc

hanc Justiniani ratiocinationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera sententia eliceretur; sed non profecisse hilum. Sic enim ille omnino existimat, in priore parte assumptioni Justinianæ, quæ hæc est, *nam in his agit, qui non possidet*, subaudiendum, *negatoria vero semper possessori datur*. Ut sit hæc collectio. *Negatoria semper datur possessori; In controversiis rerum corporalium semper agit is, qui non possidet. Quare in istis controversiis non est prodita actio negatoria.* Fatemur hujus syllogismi propositionem falsam esse, sed negamus, Justinianum sic argumentari, aut in argumentatione ejus subaudiendum, quod Hotoman. existimat: rectam enim esse sine illo, abunde probavimus.

(9) *Sane uno casu*) Frustra sunt omnes, qui unum hunc casum aut adhuc quærunt, aut se invenisse putant; neque existimo, Justinianum ad quærendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Wesemb. legendum hoc loco arbitrarer, *Sane non uno casu*, &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ ultro onus probandi in se susceperit, *leg. circa eum*, 14. *leg. in exceptionibus*, 19. *de probat.* & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Justiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis aliquo casu agere aut actorem esse, sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id vero non uno casu, sed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibusdam exemplaribus legi, testis est Æmilius Ferretus. Alii *Sane hoc uno casu*, ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ δίκαι. Theophil. VINN. Et hæc postrema lectio, si qua ulla, vera mihi videtur. Quis enim crediderit, Tribonianum inepte affectare voluisse brevitatem, ut multis verbis lectorem ad latiora Digestorum volumina remittere, quam casum illum uno verbo indicare maluerit? Scripsit itaque procul dubio, unum esse hunc casum, quo is agat, qui possidet: cum alioquin ordinarie in judiciis petitoriis, possessor rei vices sustineat. HEIN.

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis realibus.

5. Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, quas Prætor ex sua Jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce, plerumque ita permittit Prætor in rem agere, ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam æque principalem esse ac superiorem, & unde sumpta?*
2 *Legitimum quid proprie, & quid latius in usu juris?*
3 *Prudentem non fuisse, actiones dare.*
4 *Non omnes actiones, quæ edicto Prætoris proponuntur esse Prætorias.*

(1) INsinuatur hic alia actionum divisio sumpta a causis efficientibus remotis; jure civili scilicet, & jure Prætorio; quæ æque principalis est atque superior illa a causis proximis: nam omnes omnino actiones, sive in rem sint, sive in personam, aut civiles sunt, aut prætoriæ, quæ passim etiam honorariæ appellantur, *leg. actionum*, 35. §. *ultim. de oblig. & actions.* Ad eumdem modum atque ex iisdem causis dividuntur obligationes *supr. tit. de obl.* §. 1. quæ divisio in illo tractatu, non ut hic, secundo, sed primo loco proponitur, & demum post eam altera a causis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum refert, unde incipiatur.

Istæ actiones, quarum mentionem habuimus). Palam est, Justinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum, quæ ante nominavit, sed certas species horum generum antea expressas, videlicet vindicationem rei corporalis, & de servitutibus confessoriam & negatoriam. Actionum in personam speciem nullam expressit: itaque nec his verbis illarum aliqua significatur, sed contineri possunt iis, quæ proxime sequuntur.

Et si quæ sunt similes) Similes sunt ex actionibus in rem; petitio hæreditatis, *leg. 1. 2. 3. de hær. pet.* confessoria & negatoria de servitutibus aliis, quam quas supra commemoravit: ex actionibus in personam illæ, quæ eamdem originem & causam remotam habent, nimirum quæ competunt ex obligationibus jure constitutis aut approbatis; quæ cum innumeræ sint, supervacuum putavit, aliquas exempli causa proponere.

(2) *Ex legitimis & civilibus causis*) Legitimum proprie dicitur, quod est ex lege, id est, ea parte juris, quæ proprie lex appellatur in divisione *juris civilis*, §. *lex est*, 4. *super. de jur. natur. gent.* Sed in usu juris latius accipi solet, ut eo nomine etiam id significetur, quod est ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, puta plebiscitis, Senatusconsultis, constitutionibus Principum, *leg. 6. de pact. leg. 7. de cap. min. leg. 3. penult. pro soc. leg. 24. §. ultim. de præscr. verb. leg. 25. §. ultim. leg. unde legitim.* Itaque actiones, quæ ex istis causis descendunt, omnes sunt civiles & legitimæ. Quod addit *& civilibus*, eo comprehendere voluisse videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ a jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum causæ eædem, quæ & obligationum, contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egi supra in argumento obligationum, *argument.* §. 1. *de obligat.* Consulto inter causas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentum: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ sunt, aut dari potuerunt. Neque enim prudentum fuit actionem constituere, sed an data esset lege, interpretari, & eam, quæ data erat, ostendere, *leg. 2. §. deinde, 6. & §. ita civitate, 12. de origine juris.* A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis profecta est, quæ dicebatur legis actiones: cæterum ea non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formulam continebat, ut aperte declarat Pomponius *dict. loc.* Hoc obiter monere voluit propter eorum errorem, qui putant, eam fuisse auctoritatem prudentum, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem dare & constituere potuerint.

Ex sua jurisdictione) Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictio pro edicto, *leg. 1. §. pen. de postul. l. 7. de jurisd. & simil.* Nam edictum pars erat jurisdictionis Prætoriæ, *l. 2. §. eod. 10. de orig. jur.* (3) Enimvero non est argumentum actionis Prætoriæ, quod Prætor

tor dicat edicto suo, *actionem dabo*. Solebant enim Prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo sit actio commodati, *leg. 1. commod.* sed ex duntaxat Prætoriæ sunt, quas ipsi Prætores ex jurisdictione sua introduxerunt: quod ab iis æquitate postulante ut plurimum factum est, cum actiones civiles deficerent.

Necessarium est exemplis ostendere) Necessarium non absolute, sed cum adjuncto, si velimus id, quod dictum est, recte intelligere. Quamquam autem longe plures sunt actionum Prætoriarum species, quam quæ a Justiniano postea proferuntur: tamen ad rem, quam proposuit, declarandam, omnes recensere non existimavit necessarium.

Ut ecce) Indicantur hic Prætoriarum in rem actionum species duæ *Publiciana*, & *rescissoria*, quæ postea latius & separatim suis singulæ paragraphis explicantur, §. 4. & 5.

(4) *Actor dicat, se quasi usucepisse*) Hæc intentio est Publicianæ: illud, quod sequitur, *vel dicat, adversarium suum non usucepisse*, pertinet ad rescissoriam. Illic fingitur dominium quæsitum, quod revera quæsitum non est: hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

Ex diverso possessor dicat) Verbum *possessor* expungendum videtur: nam possessori nunquam ultro actio datur: & constat, de actore in utroque exemplo hic agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuerit. Utique id malim, quam cum Russard. Cujac. Hotomann. pro *possessor, dicat adversarium suum*, &c. lege *possessorem dicat adversarium suum non usucepisse*, id est, dicat possessorem, eumdemque adversarium suum non usucepisse. Quis enim ferre possit in oratione prosa tam inepisse. Quis enim ferre possit in oratione prosa tam inepte affectatam trajectionem verborum tamque duram & inconcinnam constructionem? VINN. Vocabulum *possessor* non plane expunxerim, quia id & Theophilus habet, sed eo sensu: *vel e diverso cum aliquo, rem meam usucepit ac possidet, agere possum, ac docere*. Patet itaque eum non legisse *possessor*, sed fortasis hoc modo: *Vel ex diverso dicat, possessorem, adversarium suum, non usucepisse*, &c. HEIN.

TEXTUS.

De Publiciana.

4. *Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis aut donationis, aut dotis, aut legati) & necdum ejus rei dominus effectus est, si is ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a Prætore actio, in qua dicit is, qui possessione amisit, eam rem usucepisse, quam usucapit, & ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Prætore in edicto proposita est.*

NOTÆ.

4. *Nedum dominus effectus*) Propterea quod rem a non domino acceptam nondum usucepit. Nam si res usucapta sit, actio honoraria ei necessaria non est, cum habeat civilem, *d. l.* 1. §. 1. quamquam si nihilominus honoraria agere sub qualitate bon. fid. possessoris malit, hoc ei permittendum. Mynsing. *num.* 28.

Directam actionem) Id est, quæ jure civili prodita sit: nam jure civili in rem actio soli domino competit, *l.* 23. *de rei vindic.*

Durum erat) Iniquum Prætori visum extraneum quemlibet vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu amisisset. Dixi *extraneum*, quia justi dominii exceptio merito Publicianæ objicitur, *l. penult. & ult. de publ. in rem act.* Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Justa causa quæ hic accipienda?*
2 *Cur ut Publiciana competat, necesse sit rem traditam esse: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit?*
3 *An & de rebus incorporalibus? Ubi & de bona fide, &c.*
4 *An Publicana etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari possit?*
5 *Cur requiratur, ut amissa sit possessio, & amissa casu?*
6 *Causa hujus actionis introducendæ.*
7 *Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio?*
8. *Adversus quem detur? quid ei obstet? tum quis ejus exitus?*

PRoponitur hic actio in rem Publiciana, sic dicta a Prætore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hic extremo testatur Justinianus. Porro hæc distincte de hac actione complectitur, qua ex causa, cui competat; quo jure introducta: & quæ causas ejus introducendæ; quid in ea actor intendat. Adversus quem competat; quod præcipue notandum erat, hic prætermissum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si res aliqua) Nempe aliena, ut est in edicto, *l.* 1. *hoc tit. de Publ. in rem act.* Hic autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, & *necdum ejus rei dominus effectus est*. Quod non aliter contingit, quam si is, qui tradidit, dominus non fuit: alioqui enim traditione statim dominus efficeretur, qui accipit, §. *per traditionem*, 40. *sup. de rerum divis.*

(1) *Ex justa causa*) Justam causam accipimus eam, ex qua re a vero domino tradita statim dominium in accipientem transiret, *l.* 13. *eod. in princ.* Quod intelligitur ex eo, quod sequitur in edicto, & *nondum usucaptum petet*, *dict. leg.* 1. *eodem*. Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, *sup. de usu cap. in princ.* Causæ pluribus indicantur, *dict. leg.* 1. §. *ult. & aliquot l. seqq.* Hic tantum exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his causis præcedente cessabit Publiciana. Sed quid si justo errore facti causa subesse putetur, quæ non sit, veluti si quis emerit a furioso, quem sanæ mentis putabat? Probarem distinctionem Accursii in *l.* 7. *hoc tit.* ut ex hujusmodi emptione contra furiosum quidem ipsum eumdemque venditorem Publiciana non detur, per *l.* 2. §. *si a furioso*, 16. *pro empt.* detur tamen contra extraneum, *d. l.* 7. §. 1.

Tra-

(2) *Tradita fuerit*) Ut Publiciana competat, exigitur ut res tradita sit, *d. l.* 1. *d. l.* 7. §. *pen. & ult. eod.* quod hanc rationem habet; quoniam antequam res tradita est, nemo se dominum factum prætendere potest: cum non nudis conventionibus, sed traditionibus, dominia rerum transferantur, *l. traditionibus*, 20. *Cod. de pact.* Cæterum hoc ad eas tantum species pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut possessionis apprehensione opus est. Nam quibus ex causis dominium adipiscimur, etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea Publiciana experiri licet; ut diserte responsum est de eo, cui ex Trebelliano restitura est hæreditas, *leg.* 12. §. 1. *hoc tit.* item de domino, cujus servus, cum in fuga esset, a non domino emit, *leg. si servus*, 15. *eodem*, quibus casibus cum usucapio procedere non possit, *l. sine* 25. *de usuc.* apparet, prætensionem dominii per usucapionem quæsiti non esse, hujus actionis requisitum essentiale ac proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui sit in conditione usucapiendi, licet secus existimet Dom. Bachov. *disput.* 3. *de action. thes.* 18. (3) Sed & hoc falsum esse existimo, quod unquam petitor hanc actionem instituens expresse intendat aut prætendat se usucepisse. De quo pluscula inferius. Porro & de usufructu & de servitutibus per traditionem constitutis Publiciana datur, *l.* 11. §. 1. *hoc tit.* In his autem pro traditione est usus ejus rei & servitutem constituentis patientia, *l. ultim. de serv.* Plane si quæ res sit, cujus alienatio aut usucapio jure est prohibita, de ea, ne sic ex justa causa tradita sit, Publiciana competit, *l.* 9. §. *pen. dict. leg.* 12. §. §. 4. *eod.* Etenim si tantum ideo res usucapi non potest, quia non possidetur adversus dominum, ut accidit in prædiis vectigalibus & superficiariis, potest huic actioni esse locus, *dict. leg.* 12. §. 2. *& 3.* Quid enim impedit, quominus possessor rei emphyteuticæ aut superficiei usucapiat adversus eum qui tale jus constitutum habet? Azo *in summ. ad hunc titul. num.* 15. illud etiam, quamquam hic omissum est, exigitur, ut res accepta sit bona fide, id est, ut accipiens putaverit, eum, a quo accepit, dominum esse, aut jura transferendi habere, *leg. bonæ*, 109. *de verbor. significat.* In emptore hoc amplius requiratur, ut & bona fide rem emerit, sicut & in usucapione, *leg.* 7. *& §. penultim. & ultim. hoc titul. leg.* 2. *pro empt.* de quo explicatum *sup. de usuc. in princ.* Mynsing. *hoc num.* 25. Schneid. *n.* 41.

(4) *Nec dum ejus rei dominus effectus*) Propterea quod rem a non domino acceptam nondum usucepit, *leg.* 1. §. 1. *hoc tit.* ubi Ulpian. ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam. Quid ergo, si domus; cum difficilis esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione uti mallet, quam rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris, cum Mynsing. *num.* 28. Oldendorp. *oeass.* 3. *action.* 3. Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admisit, eodem libello Publicianam cum rei vindicatione disjunctim proponi, & rem peti jure dominii vel quasi dominii posse, recte defenditur; cum hæ actiones affines magis sint aut diversæ, quam contrariæ: nam is, cui Publiciana competit, præsumptive dominus est, & falsum esse, quod remedia prætoria denegentur iis, quibus jure civili consultum est, ostendunt bonorum possessiones unde liberi, contra & secundum tabulas. Belle Bachov. *disp.* 3. *de act. thes.* 17. Gomez. Mynsing. & Schneid *hic* Gail. *observ.* 62. *n.* 5.

(5) *Possessionem causa amiserit*) Et amissam possessionem esse oportet, quoniam in rem actio nunquam ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l.* 1. §. *penult. uti possid.* & amissam casu: nam qui facto & voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hactenus dicta sunt, intelligi potest, qua ex causa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re, quam ex justa causa sibi traditam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus possessionem casu amisit.

Nullam in rem directam) Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita est, ut apparet ex ratione subjecta, & oppositione Publicianæ, quæ est inventa a Prætore. Quod non est novum, nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relatæ, utiles sunt, licet earum inter se oppositarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propositæ, aut per interpretationem & extensionem edicti introductæ. De quo pluribus differui sub §. *ult. de leg. Aquil.*

(6) *Durum erat eo casu deficere actionem*) Introducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quippe quod non statim transit in eum, qui rem, licet ex justa causa sibi traditam, accepit, nisi & is, qui tradidit, dominus fuit, quod per quam difficile probatu est: & tamen eo non probato, necesse est petitorem, civili in rem actione experientem succumbere. Cum itaque Prætori iniquum videretur, quemvis vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset, ipse ex humanitate actionem introduxit, quia in hoc casu sub colore quodam dominii vinceret is, cui justa rei possessio semel quæsita esset, quamdiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, & quo jure hæc actio introducta sit, & quæ jus introducendæ fuerit causa.

(7) *Eam rem se usucepisse*) Hic indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum se rem, quam petit, usucepisse. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Nimirum non dicet actor expresse, se usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet, causam actionis intentione sua complectetur. Dicet, se rem, de qua agitur, bona fide emisse a L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse; petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usucepisse, quia idem petit, & jure Prætorio consequitur, quod peteret, & consequeretur jure civili, si rem fuscepisset. In causis, ex quibus & qui possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, dicet actor, rem sibi a L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex Senatusconsulto obtinet, *leg.* 12. §. 1. *leg.* 15. *hoc tit.* Quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata, dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. VINN. Fictio illa est Prætoris, non actoris. Quia enim prætor directe leges evertere non poterat, leges autem non nisi vero dominio vindicationem concedunt: usus est arte sua solemni, & finxit hunc usucepisse, quem non usuceperit. Vid. *Antiquitat. nostr. Roman. Lib.* 1. titul. 2. §. 24. edit.

edit. nov. Neque iniqua erat hæc fictio, quia non fingebat Prætor eum jus dominii veri usucapione excluſſe, ſed tantum ratione tertii; nullo vel infirmiore jure poſſidentis actorem in ea cauſa eſſe, quaſi uſuceperit, quia ſi hic poſſeſſor obvertiſſet exceptionem non competentis dominii, ea fuiſſet exceptio de jure tertii. HEIN. (8) Reſtat, ut videamus, quod hic omiſſum eſt, adverſus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut cæteræ in rem actiones adverſus poſſeſſorem: ſed ita, niſi is poſſeſſor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adverſus eum, qui poſſidet juſto titulo. In quo tamen hæc diſtinctio placuit, ut ſi duo rem emerint, ſiquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita eſt; utpote in quem prius translatum eſt jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit: ſin a diverſis non dominis, melior ſit cauſa poſſidentis, & juncta titulo poſſeſſio fortior ducenda titulo, *leg. 9. §. ſi duobus, 4. hoc tit.* Quod ſi neuter poſſideat, & agatur contra tertium poſſeſſorem injuſtum, tuendus ſit is, cui primum res tradita, ſive ab eodem non domino emerit, ſive ab alio atque alio: quæ ſpecies eſt, quam tractat Neratius *l. ſi eo, 31. §. ult. de act. empt.* ut recte cenſent vulgo DD. Oldend. *dict. claſſ. 3. action. 3.* Schneid. *ad §. præc. n. 28. & ſeq.* late & ſubtiliter Bachov. *diſp. 3. de act. theſib. 21. & 22.* De illa quæritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede poſſidet. Deciſio quæſtionis pendet ex eo, an is, qui pro hærede poſſidet, uſucapere poſſit, nec ne: quæ de re diſputavimus ſub §. *diutina, 7. ſup. de uſucap.* In univerſum autem juſti dominii exceptio merito Publicianæ obſtat. Quoniam ſemper plus juris in re ſua habet dominus, quam quilibet quantumvis juſtiſſimus poſſeſſor, qui dominus non ſit, *leg. penult. & ult. hoc tit.* Cæterum quæ vindicanti domino obſunt, quominus poſſeſſor ei rem reſtituere debeat, eadem & poſſidenti ac Publiciana convento obſtabunt, quominus retineat, *l. ſi a Titio, 72. de rei vindic. l. ſi quis, 24. de exc. rei judic.* add. D. Donell. *hic, n. 15.* Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præſtationem, cujuſmodi hæc in rei vindicatione civili: de quo ſcripſimus ad §. *1. ſup.*

TEXTUS.

De reſciſſoria.

5. Rurſus ex diverſo, ſi quis tum reipublicæ cauſa abeſſet, vel in hoſtium poteſtate eſſet, rem ejus qui in civitate eſſet uſuceperit, permittitur domino, ſi poſſeſſor reipublicæ cauſa abeſſe deſierit, tunc intra annum reſciſſa uſucapione eam rem petere, id eſt, ita petere, ut dicat, poſſeſſorem uſu non cepiſſe, & ob id ſuam rem eſſe. Quod genus actionis quibuſdam & aliis ſimili æquitate motus prætor accommodat ſicut ex latiore Digeſtorum ſeu Pandectorum volumine intelligere licet.

COMMENTARIUS.

1 *Actionem, quæ hic proponitur, & reſciſſoria in ſpecie dicitur, eſſe Publicianæ quodammodo contrariam.*
2 *Quibus ex cauſis hæc actio a Prætore detur? ejuſque introducendæ cauſa.*
3 *Reſtitutio adverſus eum, qui abſens uſucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.*
4 *Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præſcriptio non currit?*
5 *Commentum eſſe quod de duplici judicio reſcindente & reſciſſorio Interpp. tradunt: ut & illud quod de dupliei tempore.*
6 *Actoris in Actione reſciſſoria intentio.*
7 *Reſtitutio adverſus eum, qui præſens rem abſentis uſucepit.*
8 *An ex ſola cauſa ignorantiæ reſtitutio danda adverſus uſucapionem?*

HOc loco proponitur actio in rem prætoria quæ in uſu juris noſtri ſpecialiter reſciſſoria appellatur, *t. nec non 28. §. ult. ex quibus cauſ. maj. ult. Cod. eod. l. nullo 24. Cod. de rei vindic. leg. ab hoſtibus, 18. Cod. de poſt. leg. rev.* (1) Nomen ex re inditum, quia per eam reſcinditur, quod jure civili ratum eſt, *leg. in honorariis, 35. in fin. princ. de obligat. & act.* Hæc actio ſuperiori quodammodo contraria eſt: nam actione Publiciana agitur de re non uſucapta, quam actor in effectu contendit uſucapatam. Hic e converſo de re uſucapta, quam actor non uſucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquiſivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus eſt jure civili. Pertinet huc edictum de reſtitutione majorum 25. annis, quod extat in *l. 1. quibus ex cauſ. major.* qua parte ſcilicet præter eos, quorum res uſucapta eſt, certis ex cauſis in integrum ſe reſtituturum pollicetur VINN. Recte hæc notat Vinnius. Vere enim unus idemque utriuſque actionis auctor eſt, puta Publicius. Unde non ſolum ejuſdem naturæ ſunt propter fictionem: ſed & reciſſoria diſerte dicitur *Publiciana, l. 35. ff. de oblig. & act. l. 57. ff. mandat.* Publicium Ciceroni fuiſſe συγχρονον plerique colligunt ex ejus *Orat. pro Cluent. cap. 45.* ubi nominat Q. Publicii Prætoris. Sed mihi actio reſciſſoria antiquior videtur ob locum inſignem Terent. *Phorm. Act. 2. Scen. 4. n. 9.* ubi Cratinus Advocatus: *Quod* TE ABSENTE *hic filius egit, reſtitui in integrum, æquum eſt & bonum, & id impetrabis. Dixi.* Vere enim loquitur de actione reſciſſoria, quamvis eam male tanquam tabula applicet. HEINNET. Cauſas duas edicto expreſſit, clauſula edicti prima abſentiam neceſſariam ejus, cujus res uſucapta eſt, ſecunda abſentiam qualemcumque ejus, qui uſu cepit. Poſtremo adjeci clauſulam generalem, qua idem promittit quavis ex cauſa, quæ ipſi juſta videbitur. Itaque duobus potiſſimum caſibus majoribus contra uſucapionem ſuccurrit data actione reſciſſoria; ſi res abſentis uſucapta ſit ab eo qui in civitate manſit; ſi res in civitate manentis uſucapta ſit ab eo, qui abfuit. Quod poſterius hic tantum tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior uſus & major utilitas, cognitio ex latiore Digeſtorum volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hanc cauſam Prætor habuit, quod iniquum ei viſum fuit, aut neceſſariam juſtamve abſentia nocere abſenti, aut qualemcumque alterius abſentiam nocere alteri, *leg. item 21. dict. tit.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pernent, hic aut intacta aut minus perſpicua, indicata diſces mox ex Commentario.

(3) *Cum Reipubl. cauſa abeſſet*) De eo qui abſens uſucepit, ita loquitur Juſtinianus, quaſi enim oporteat neceſſaria aliqua aut probabili de cauſa abfuiſſe: quod tamen ſecus eſſe diſcimus ex edicto, cujus in ſecunda clauſula, quæ hunc caſum continet, Prætor non diſtinguit, qua ex cauſa quis abfuerit, neceſſariane aut

aut probabili, aut plane voluntaria. Quod & diserte Ulpian. notavit *l. item ait* 21. §. 1. *hoc ex tit. quib. caus. major.* Et vero si ne justissima quidem absentia prodest absenti ad usucapionem retinendam, absurdum sit, ei prodesse absentiam plane voluntariam, malitiosam puta aut animi causa susceptam. Illud observandum est, tum demum ex hac parte edicti restitutionem dari, si defensor absentis non extitit: nam si procurator fuit, aut amicus, qui se ultro defensioni obtulit, non debere eum inquietari: & hoc amplius ne aliter quidem edicto in casu proposito locum esse, quam si aut amici absentis de defendendo eo interroganti defensionem non suscipiant, aut nemo sit, qui intetrogari potest, *dict. leg. item ait* 21. §. *penult. & leg. seq. eodem.* Novissime autem a Justiniano cautum, ut licet defensor absentis nullus existat, tamen integrum sit praesenti usucapionem interrumpere, adito judice, & diligentia sua apud eum contestata, *leg.* 2. *Cod. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti restitutio dari desiit.

In hostium potestate) Ut hic procedat usucapio, ponendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, qui captus est, rem ex causa peculiari teneant: hoc enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominus ea res usu acquiratur, *leg. ait Praetor* 27. §. 3. *hoc tit. leg. justo* 44. §. *ult. de usuc.* Caeterum extra hanc causam captivus per servum aut filium possessionem acquirere non potest, ac proinde nec usucapere: sed possessio, atque usucapio incluata captivate interrumpitur in tantum, ut nec postliminio restituatur, *leg. denique* 19. *hoc tit. leg. si is in princip. de usucap.*

Usucceperit) Potest igitur & absens usucapere rem praesentis, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *leg. item ait* 21. §. 1. *& deinceps leg. seq. hoc tit.* (4) Aliqui vulgo traditur, contra eum qui agere non potest, praescriptionem non currere, *leg. in fin. C. de annal. exc. leg. in rebus* 40. *vers. omnis Cod. de jur. dot. leg.* 1. *in fin. Cod. de bon. matern.* Respondent Interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne praescriptio currat aut impleatur. Exempla in *dict. leg.* 1. *Cod. de ann. exc. d. l. in rebus* 30. *Cod. de jur. dot. l.* 7. §. 4. *Cod. de praesc.* 39. *ann.* Facti vero, quale est, quod hic objicitur, non item. Itaque opus esse restitutione, & recte: quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi objicit, ibi quoque sistatur cursus usucapionis ipso jure: ac singulorum factorum, quae idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non potest.

Permittitur domino) Veteri scilicet, cujus res jure civili usucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu praeteriti temporis, vel potius quia a Praetore rescindentem usucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum rescissa usucapione) Actio haec, licet rei persecutoria sit, anno tamen eam finiri placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis* 35. *in fin. princ. de oblig. & act.* Annum intellige utilem *leg.* 1. §. 1. *hoc titul. leg. ab hostibus* 18. *de postl. rev.* pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium continuum, *leg. ult. Cod. de temp. int. restit.* Quod autem ait, permitti domino rescissa usucapione rem petere, & Paulus *dict. leg.* 53. hanc actionem dare rescissa usucapione, id non sic intelligendum est, quasi duplici judicio haec res expediatur; decretumque aliquod antecedat, quo Praetor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur rem restitui. Sed ideo hoc dicitur, quia Praetor, dum hanc actionem concedit, simul vi ipsa usucapionem rescindit; quoniam permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi a possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset, *l.* 1. §. *l. sed etsi* 26. §. *si seriae* 7. *l. nec non* 28. §. *pen. hoc tit. l. ult. Cod. eodem l. nullo* 34. *Cod. de rei vindic.* Quibus ex locis manifeste apparet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, Praetoremque dici restituere, cum actionem recissoriam petenti concedit: ac proinde uno simplicique judicio rem totam explicari, fac. *l.* 9. §. 3. *& 4. quod met. caus. l.* 1. *de dol. l.* 2. §. 1. *de cap. minut. l.* 1. *de allen. jud. mut. caus. l. ult. ad SC. Vellej.* Hoc & Goniez. *hic n.* 8. *& ult.* odoratus est: sed explicare non potuit, aut solide consultare communem DD. opinionem, secundum quam duplex judicium hic necessarium, unum rescindens, alterum rescissorium: ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio, decretum scilicet magistratus, quo rescindatur usucapio, & sententia judicis, qua res restitui jubeatur. Pet. de Bellapert. Joann. Fab. Jas. Zas. Myn. Scheneid. *hic.* Odd. *de restit. quaest.* 33. *art.* 1. Maurit. *de rest. cap.* 4. Quae opinio erronea est, & a ratione juris nostri valde aliena, ut ex iis, quae modo diximus, perspicue patet: in foro tamen recepta, ut sic utrumque remedium cumulari, id est, eadem utrumque opera peti & obtineri soleat, Odd. *part.* 1. *qu.* 33. *art.* 5. Mynsi. 2. *observ.* 25. Oldend. *class. 6. act.* 8. Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quaedam duplicis judicii, dum quaedam apud Praetorem seu magistratum tractabantur, quaedam apud judices datos. Caeteroquin revera unum tantum erat judicium: ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud Praetorem non instituebatur judicium, sed a Praetore constituebatur, data actione & judice, qui de re cognosceret: unde nec illa, quae apud Praetorem fiebant, in judicio fieri dicebantur, sed in jure: de quo fusius ad *princ. huj. tit.* Praecedens error secum traxit & alium de duplici tempore: uno, intra quod utendum sit remedio rescindenti; altero, intra quod petenda & instituenda actio rescissoria. Illud volunt intentari posse intra quadriennium continuum; hanc finiri anno utili. Donellus vult perpetuam esse. Sed ut una & simplex hic est actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & institui debet, annus olim utilis, nunc quadriennium continuum computandum a tempore, quo absens reversus est. Illud singulare, quod hoc tempus etiam finiendae actioni constitutum est, *leg. ult. hoc tit.* junct. *leg. ult. Cod. de temp. in integr. restit.*

(6) *Ut dicat, possessorem usu non cepisse*) His verbis significatur actoris in hac actione intentio. Ut autem in actione praecedenti, ita hic quoque intentio non ad verba, sed ad vim effectumque verborum exigenda est, quoniam sic agitur, ut effectu res usucapta non videatur. Puta, non dicet petitor, possessorem rem, quae petitur, usu non cepisse, quod & aperte falsum est & perinde quasi negaret, adversarium dominum esse:, cujusmodi formulae in rerum corporalium vindicatione proditae non sunt, §. 2. *sup. eod.*, sed causam exprimet, ex qua actio ei jure constituta sit: dicet, adversarium absentem rem usucepisse, cum ipse interea ejus nomine

mine agere vellet: & usucapionem interrumpere non potuerit: itaque petere se, ut sibi restituatur. Prætorem quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo judicium concepisse. *Si paret, eam rem, qua de agitur, a possessore absente per statutum tempus possessam esse, cum interea petitor ejus nomine agere cum conaretur, non potuerit, tum si ea res petitori non restituatur, possessor damnetur.*

Quibusdam & aliis) Veluti absenti, cujus res usucapta sit ab eo qui in civitate mansit: quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est: & sola nunc etiam utilis, cum ex causa superiore jure novo restitutio non detur, *l. 2. C. de anal. exc.* Non omnibus vero absentibus hac parte succurritur, sed iis duntaxat, quorum absentia aut necessaria fuit, *l. 1. §. in princip. l. 3. cum seqq. l. reipub. 36. l. non vere 42. h. t.* aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes. Hoc ex generali & postrema edicti clausula, *l. sed & si 26. §. pen. & cum duabus l. seqq.* Illud tamen inter hæc interest, quod in necessaria & repentina absentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævia absenti non succurritur, nisi procuratorem reliquerit, isque procurator non egerit, aut interim defunctus sit, *l. 26. §. ult. l. nec non 28. in princ. eod.* Quippe priore casu nihil est quod absentibus imputetur: posteriore objici eis potest, quod de rebus suis componendis ante discessum potuerint & debuerint cogitare, *d. l. 29. §. 1.* Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus, qui actionem ex his causis amiserunt, *d. l. 1. §. 1. l. Julian. 17. §. 1. l. si quis 41. eod.* sed hoc casu actio restitutoria in personam est.

Simili æquitate motus) Quæsitum hoc est, an sola ignorantia justa & sufficiens causa sit, ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus usucapionem aut præscriptionem. Ego puto non esse, *arg. l. ult. in fin.* ibi, *nulla ignorantia, vel scientia expectanda, C. de præscr. long. temp. l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann. l. unic. Cod. de usuc. transf.* Nam dum sufficiens tempus præstitutum sit, intra quod quisque in res suas inquirat, easque sibi asserat, post illud tempus restituit postulans ex sola causa ignorantiæ, id est, ea, quæ conjuncta est cum desidia & negligentia, audiri non debet. Denique si ex hoc solo capite restitutio admittatur, jus de usucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequetur finem suum, numquam finis erit litium, semper dominia in incerto, contra *l. de usucap.* Wesemb. *parat. hoc tit. num.* 10. Pinell. *in aut. nisi triennale Cod. de bon. nat.* diss. comm. DD. Covarruvv. *in cap. possessor de reg. jur. in 7. pag. 3. §. 3.* Gail. 2. *observat.* 19. De præscriptione tamen 40. annorum adhuc conteuditur. Videsis Andr. Fachin. 1. *controv.* 69. Anton. Fab. *Cod. suo tit. si adverss. usuc. & tit. de temp. in int. rest.* Pinell. *in d. auth. n.* 58.

TEXTUS.

De Pauliana.

6. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alienavi tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia præsidis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam petere, id est, dicere, eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.

NOTÆ.

6. In fraudem creditorum) Et eventum fraus habuerit, *l. 10. §. 1. l. 15. quæ in fraud. cred.* & simul is qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. §. 8. eod.* In causis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus est, *d. l. 6. §. 11.*

Rescisa traditione) Unde tam actionem Paulianam, quæ rescissoria est traditionis, quam superiorem illam usucapionis rescissoriam, actionem in rem esse, & ad exemplum vindicationis dari contendunt Cujacius & Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Agi hic actione, quæ Pauliana dicitur: licet ea non in rem, sed in personam sit.*
2 *In personam esse, multis argumentis evincitur.*
3 *Dari hac actionem creditoribus, sive ante, sive post missionem in bona, res in fraudem eorum alienata sit: interdum & in rem competere, quæ tamen huc non pertinet.*
4 *Quæ concurrere debeant, ut Paulianæ sit locus?*
5 *Verborum edicti:* Quod fraudationis, &c. *explicatio.*
6 *Edictum non pertinere ad eos, qui agunt, ne acquirant; ubi quædam notabilia.*
7 *Quando primum creditores Paulianæ experiri possint? D. Joann. Dekker. notatus.*
8 *Qualis hic sit rescissio & restitutio?*
9 *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10 *Dari hanc actionum intra annum utilem, quo primum experiundi potestas fuit.*

(1) TErtia species actionis Prætoriæ hic proponitur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda, quæ in fraudem eorum alienata sunt, *l. videamus 38. §. in Flaviana 4. de usur.* atque huc pertinent, *tit. C. quæ in fraud. cred. & Cod. de rev. his quæ in fraud. cred.* Hanc autem actionem Glossa & plerique Interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; hic autem exponi inter Prætorias in rem, & subjici rescissoriæ tantum propter similitudinem, quam cum illa habet, quod uti per illam usucapio, ita per hanc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego verissimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hic nominat, sed eam in rem esse dicit, deceptum a Triboniano inconsiderate, & tantum ob similitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem. (2) Etenim in rem eam non esse, primum ex eo evincitur, quod creditores non vindicant, aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed ajunt, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, *act. 25. de obl. & act.* utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is, qui possidet, quod in fraudem creditorum alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, *l. 1. l. is qui 9. & l. seq. h. t. leg. pen. C. eod.* ut hic non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et e converso, qui non possidet, nec dolo malo desiit possidere, tenetur. Datur enim

hæc

hæc actio non solum hæredi, sed etiam in hæredem similesque personas, & qua tales, *d. l.* 10. §. *ult.* quod non minus quam prius illud a natura actionis in rem abhorret, quæ rem semper sequitur; & propter rem ejus possessorem, *l.* 2. *C. si un. ex plur. hær.* Cum itaque in rem non sit, relinquitur, ut sit in personam, §. 1. *sup. eod. d. l. actionem* 25. *oblig. & act.* Et hoc verum esse, vel ex hoc uno intelligimus, quo hæc eadem actio in factum passim appellatur, *d. l.* 10. *l.* 14. *h. t. leg. pen. C. eod.* quo nomine quæ appellantur, omnes in personam sunt; vid. Bachov. *disp.* 3. *de act. thes. ult.* Accedit exemplum actionis Flavianæ, quam non in rem, sed in personam esse diserte testatur Ulpian. *l.* 1. §. *hæc actio* 26. *si quid in fraud. patr.* Ericigitur & Pauliana in personam, cum utraque ex eadem causa detur: Flaviana, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. Sed quid verbis opus est? Jurisconsultus in *l. videamus* 38. §. *in Flaviana* 4. *de usur.* palam inter actiones, quæ in personam sunt, etiam Paulianam numerat. Nam cum initio proposuisset videndum, quando in actionibus in personam eriam fructus veniant, mox variis ejus generis exemplis adductis, inter cæteras in personam actiones Paulianam quoque, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocatur, *d.* §. 4. recenset, & quidem conjunctim cum Flaviana, quam in personam esse constat. At inquies, si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, §. 1. *sup. eod.* Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, tum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbe facit, si postquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen, & tantum lucri sui causa, retinere, per *l. metum* 9. §. *ult. l. item si* 14. §. 3. *quod met. caus.* Frustra se fatigat Bachov. *hic & disp.* 3. *de act. thes. pen.* dum probare conatur, actionem Paulianam in rem actionem esse, add. Don. *hic n.* 3. *& seqq.* Ant. Fab. 26. *conj.* 16. NINN. Certum quidem est, Paulianam naturam potius personalium quam realium actionum servare. Neque tamen idem credibile sit, Tribonianum & socios tam fuisse principiorum juris ignaros, ut solo vocabulo *rescissionis* decepti actionem personalem pro reali vendiderint, maxime cum verosimile sit, eos in hoc titulo Cajum vel alium ex veteribus κατα πόδα fere sequutos. Existimo itaque actionem hanc ex mente Prætoris & veterum vere esse in rem, quia nascebantur ex jure in re, quod creditores in bonis debitoris per possessionem bonorum consequebantur. Unde patet, cur hic diserte mentio fiat *bonorum ex sententia præsidis possessorum*: simulque intelligimus ratiocinationem non procedere ab actione Flaviana ad Paulianam. Hic enim creditores res vindicant, quia Prætor eis jus in debitoris bonis dedit, finxitque, res in fraudem alienatas non esse traditas, adeoque adhuc ad bona hæc, quæ possident ex decreto suo, pertinere. HEIN. (3) Illud hic notandum est, quod actio Pauliana competat, sive quid alienatum sit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona mitterentur; sive alienatio facta sit, postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt, quorum quidem prius negat D. Jo: Deckher. 1. *diss.* 10. *n.* 27. Sed perspicue refellitur per *l.* 15. *& l.* 17. §. 1. *h. t.* Posteriore autem casu evenire potest, ut etiam in rem actio creditoribus competat pignoris persequendi gratia. Nam si creditores in possessionem jussu magistratus missi et. si creditores in possessionem venerint, constituitur creditoribus in bonis debitoris pignus, quod in usu juris, utitur Prætorium, *d. non est mirum*, 26. §. 1. *pig. act. l. ultim. C. de Præt. pign.* cujus pignoris, si creditor forte possessionem amiserit, persequendi causa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet: olim certo jure, si possessionem sine culpa sua casu aliquo amisisset; nunc etiam, etsi culpa sua possessione cecidit, *d. l. ult. C. de Prætor. pign.* Verum hæc actio huc non pertinet, ut putat Dom. Donellus quippe qua agenti necesse non est dicere rem in bonis debitoris mansisse: nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. distractis*, 14. & *l. seq. C. de pignor.* Sed neque species est Paulianæ, ut quidam putaverunt, qui datur adversus quemcumque possessorem, sed est species, quasi Servianæ hypothecariæ, per *d. ult. Cod. de Præt. pign. & act. l.* 9. *h. t.* nam in casu illic proposito possessionem jure pignoris avocantem secundus emptor excluderet, cum tamen excludat agentem Pauliana.

In fraudem creditorum) (4) Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hic accipimus, si & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit; nam si alterutrum desit, & vel propositum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu fraudati non sint, huic actioni non est locus, *leg. ait Prætor.* 10. §. 1. *l. si quis* 15. *h. t.* Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is, qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l.* 1. *l.* 6. §. *hoc edictum*, 8. *d. l. ait Prætor.* 10. §. 2. *eod.* Cæterum hoc sic acceptum est, si quis rem accepit ex causa onerosa: nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hactenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, *l.* 6. §. *simili modo*, 11. *eod. l. pen. Cod. eod.* Plane, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans, eum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *dict. leg.* 6. §. *apud Labeonem*, 6. *& seq.* Porro quando & quatenus solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia *leg. penult. hoc titul. leg.* 6. §. 2. *de reb. auct. jud. poss.* aliarumque eodem pertinentium!, vid. Bart. *in dict. l. penult.* Pet. Fabr. *ad leg. generaliter*, 78. *de regul. jur.* Antou. Fabr. 2. conj. 14. Gal. 1. *obser.* 25. n. 14. *& seqq.*

Alitui tradiderit) (5) Edictum generalibus verbis conceptum est, *Quæ fraudationis causa gesta erunt.* &c. quæ verba latissime patent, continentque quidquid quocumque modo fraudis causa factum est. Itaque qualecumque id fuerit, hæc in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit, sive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem moveri passus sit, vel a debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberaverit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere, quod habebat, ad hoc edictum pertinet, *leg.* 1. *cum* 4. *sequentib. leg.* 10. *leg. si eum*, 12. *& seqq. leg.* 14. *& passim deinceps, hoc titul.* (6) Plane ille in ea causa non est, ut edicto locum faciat:

ciat: qui id agit, ne acquirat, quod acquirere poteſt, puta qui legatum aut hæreditatem ſibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet qui quid de bonis ſuis deminuunt, non qui id aguut, ne locupletentur, *leg. 6. princip. §. 1. & aliquos ſequentib. eod. leg. non fraudantur*, 134. *de reg. jur.* fac. *leg. 5. §. 13. & ſeq. don. int. vir. & uxor.* Dom. Diod. Tulden. in *Cod. hoc titul. num.* 4. Late & eleganter D. Weſemb. *conſult. 17. numer. 47. & ſequentib.* Atque hinc eſt, quod nec ſuus hæres ſe abſtinens edicto locum facit, *leg. 3. Cod. hoc tit.* multoque minus præteritus aut exhæredatus, qui non queritur de inofficioſoſo, aut non agit ad ſupplementum legitimæ, per *l. 1. §. ſed ſi 8. ſi. quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam fiſcus cogi poſſit, dubitatur; ſed verius eſt, compelli non poſſe, *arg. d. l. 6. §. 2. l. ſpatem*, 19. *hoc tit. d. l. 1. §. ſed ſi quid in fraud. patr.* Joann. Gutier. *in repet. cæp. quamvis*, 2. *de pact. in 6. n.* 24.

Bonis ejus poſſeſſis) (7) Id eſt, poſtquam creditores a magiſtratu in poſſeſſionem bonorum debitoris miſſi ſunt. Nam hæc actio demum competit poſt poſſeſſionem, excuſſionem, & diſtractionem bonorum; nec aliter, quam ſi ex bonis diſtractis creditoribus ſatisfieri nequeat, *leg. penult. Cod. hoc tit.* de quo fuſe Scheneid. *num.* 49. *& ſeqq.* Sententiam hujus loci corrumpit Dom. Joann. Deckerus *ubi ſup.* Nam vitioſe plane & per fallaciam compoſitionis & diviſionis hæc textus verba, *bonis ejus poſſeſſis*, ita accepit, ut ſignificarent, pro iis demum bonis revocandis hanc actionem competere, quæ debitor alienavit, poſtquam jam bona poſſeſſa erant, & hinc probat, Paulianam non competere de rebus ante miſſionem in bona alienatis. Perperam, inquam, quoniam verba iſta non ad tempus factæ alienationis, ſed intentandæ hujus actionis referenda ſunt: per *l. ſi quis* 15. *l. omnes* 17. §. 1. *hoc tit.* junct. *l. pen. C. eod.*

Ipſis creditoribus) Plerumque curator bonorum hic conſtitui ſolet, *tit. de cur. bon. dand.* cui tum hæc actio exercenda datur, *l. 1. h. t.*

Reſciſſa traditione) (8) Sic intelligo, ut §. *præced.* dictum eſt, vi ipſa reſtitutionis in integrum & judicii conſtituti. Reſcinduntur autem hæc in factum actione, & in priſtinum ſtatum reſtituuntur omnia quæ in fraudem creditorum facta ſunt, perinde ac ſi nihil eorum factum eſſet. Itaque non dominia ſolum revocantur & res ipſæ, verum etiam obligationes, actiones, fructus, acceſſiones, cæteraque commoda reſtituuntur, quæ creditores habuiſſent, ſi nulla alienatio aut liberatio interveniſſet, *l. 1. §. 1. l. ait. Prætor* 10. §. *per hanc* 19. *& 3. ſeq. l. hæc in factum* 14. *leg. omnes* 17. *l. ult. §. non ſolum* 4. *hoc tit. l. videamus* 38. §. *in Flaviana* 4. *de uſur.*

Dicere, traditam non eſſe) (9) Non diſerte ac nominatim: quaſi his ipſis verbis formula intentionis concipienda, ſed dicere & intendere effectu & rebus ipſis, ut in actionibus ſuperioribus. Sic enim hic aguut creditores, quaſi revera res numquam tradita ſit. Adverſus quos hæc actio detur, ſatis ex iis, quæ ſuperius dicta ſunt, intelligitur. Ex ſententia Venuleji etiam adverſus ipſum fraudatorem datur, *leg. ult. §. ult. hoc tit.* Datur intra annum, *leg. 1. leg. 10. eod.* nimirum quia velut ſuperior illa contra jus civile introducta eſt, vel quia naturam actionis habet. Poſt annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adverſus quem actio movetur, *dict. l. 10. §. pen.* (10) Annum intelligimus utilem, quo primum experiundi poteſtas fuit, *dict. leg. 10. princ.* Itaque annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ ſcilicet a creditoribus decreto magiſtratus. *leg. 6. §. ultim. dict. leg. 10. §. annus* 10. *eod.* Ante enim agi non poteſt, & non valenti agere præſcriptio non currit, *l. 1. §. ult. Cod. de annal. exc.* Joann. Fab. *num.* 17. Mynſ. *num.* 63. Schneid. *num.* 83. Inconſiderate igitur nonnulli textus iſtos retulerunt ad diem alienationis factæ a debitore, inter quos a D. Weſemb. *par. h. t. n.* 12.

TEXTUS.

De Serviana & quaſi Serviana ſeu hypothecaria.

7. Item Serviana & quaſi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipſius Prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt. Serviana autem experitur qui de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quaſi Serviana autem eſt, quæ creditores pignora hypothecaſve perſequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil intereſt: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut ſi pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia eſt. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maxime ſi mobilis ſit. At eam, quæ ſine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

NOTÆ.

7. Quæ pignoris jure) ſcilicet cum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi eſſent obligata, §. *in fin. inſ. de interd.* cum fructus in fundo conducto naſcentes; quæ tacite intelliguntur pignori eſſe domino fundi, *l. 7. in quib. cauſ. pign. tac.* In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam invecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori ſint: in ruſticis autem prædiis contra obſervatur, *l. 4. d. tit. l. 4. de pact.*

Quæ ſimul traditur, &c.) *L. 9. §. 2. de pign. act. leg.* 238. §. 1. *de verb. ſign.* quam differentiam etiam Græci ponunt inter ἐνέχυρον & ὑποθήκην.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa introducendæ actionis hypothecariæ.*
2 *Qualis ſit hæc actio, quibus, adverſus quos, quo exitu detur?*
3 *Quarum rerum probatio creditori pignus perſequenti incumbat?*
4 *Neceſſe non eſſe ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuiſſe, dummodo probet fuiſſe in bonis ejus.*
5 *Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus poſſidet? cum quid hic juris apud Batavos?*
6 *Nomina Serviana & quaſi Serviana unde? Hypothecaria nomen commune: differt a pignoratitia.*
7 *Edictum quibus verbis a Servio conceptum?*
8 *Quæ res coloni pro mercede pignoris juris teneantur?*

9. In-

9 *Inventa & illata in prædium urbanum tacite pignori esse: in rusticum importata pignori non esse, nisi id expresse convenerit.*

10 *Actioni hypothecariæ locum esse in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V. ann.* 1529.

11 *Inter pignus & hypothecam nihil interesse quantum ad actionem hypothecariam; nisi forte in eo, quod cautum.* Nov. 4. cap. 2.

12 *Inter pignus & hypothecam quid proprie intersit secundum usum juris? Veteres pro hypotheca verbo Latino* fiducia *usos videri.*

AD extremum proponitur hic actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis causa comparata est, *l. si tibi*, 17. §. 2. *de pact.* Nam jure civili nulla actione consulebatur iis, quibus res debitorum obligatæ erant, cum possessio earum apud alium esse cœpisset. Hoc igitur cum Prætori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quæ postmodum eadem æquitate suadente prudentum interpretatione producta est etiam ad alias causas & species pignoris. (2) Actio hæc in rem est, *l. pignoris*, 17. *de pign. l. pignoris*, 18. *C. eod.* constituta creditoribus pignoris persequendi causa, ut hic declaratur. Unde intelligimus, competere eam adversus omnes, qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, *l. si fundus*, 16. §. *in vindicatione*, 3. *de pign.* Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentis solvere, aut rem, de qua agitur, restituere; alioqui quanti ea res est, condemnatur, *dict. l. si fundus*, 16. §. 3. (3) Duo autem creditori pignus persequenti probanda sunt, 1. se jus pignoris in re, de qua agitur, habere, 2. possessionem ejus rei esse penes eum, qui convenitur. Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiatur, sufficit ei ad fundandum jus pignoris probare, quod debitor possideat; quod inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem dominii referre potest, per *l. in rem alienam*, 11. *in fin. de pign. act.* Si vero agatur contra tertium possessorem, probandum est, rem in bonis debitoris fuisse, aut in casu generalis hypothecæ, postea ad eum pervenisse, *l. & quæ nondum*, 25. §. 1. *de pign.* Nec interest, possessor causam habeat, an non habeat; & cum habeat, utrum lucrativa sit, an onerosa. Nam jus pignoris non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris; cumque hypotheca proprie titulum non præbeat, & creditor jure debitoris utatur, oportet creditorem potentiori jure munitum esse, quam possessorem. (4) Illud probare necesse non est debitorem rei dominum fuisse, sed quemadmodum dixi, fuisse in ejus bonis, sed justo titulo & bona fide ab eo possessam: quoniam quo probato succumberet possessor debitore agente publiciana, eo probato etiam succumbere debet creditore agente hypothecaria, *arg. l. si ab eo*, 18. *de dign.* Hæc fusius tractantur a Jo. Fab. Ang. Jason, Zas. Schneid. *ad hunc* §. Cyn. & Salic. *ad l. cum res*, 5. *C. si res al. pign.* Negus. *de pign. 5. memb. 3. n. 6. & seqq.* (5) Secundum expeditum est: quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam reum possidere oporteat. Olim si alius quam debitor pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum prius debitorem personali actione convenire, & sic deinde illo non solvente demum pignus a possessore persequi; sed in arbitrio creditoris erat, adversos utrum prius experiretur, *leg. dissolutis*, 14. *leg. persecutione*, 24. *Cod. de pign. l. ultim. Cod. de oblig. & act.* Tantum hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, prius denuntiationibus conveniretur, id est, legitime interpellaretur, ut solveret, ac tum illo non solvente ad possessorem pignoris veniretur, *leg.* 10. *Cod. dict. tit.* Justinianus autem a creditoribus plus exegit: constituit enim ut si debitores præsentes sint, non tantum denuntiationibus conveniantur, sed cum judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur, quam excussis debitoris, & fidejussorum, si qui sint, facultatibus. *Novell. 4. cap. 2. unde auth. sed hodie, Cod. de obligat. & action. & nost. hoc si debitor Cod. de pign.* Id jam olim in fisco pignus legale vindicante humanitatis causa placuerat, *leg. Moschis*, 47. *de jur. fisc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem caviisse videtur Justinianus. Quod si debitor aut hæres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum creditori est, omissa actione personali pignus persequi, *dict. Novell. 4. cap. 3. vers. contr. principales, leg. persecutionis*, 24. junct. *pr. auth. seq. hoc si debitor, C. de pign.* & secundum hoc sæpe a supremis Curiis judicatum testatur Christin. *vol. 4. decis. 51. num. 9. & seq.* Apud nos jus vetus reductum placito ann. 1564. quo expresse derogatur *dict. Nov. 2. cap. 2. & d. auth. hoc si debitor.* Potest itaque hodie creditor vi istius placiti statim tertium possessorem convenire, & pignus persequi, omisso debitore principali ejusque fidejussoribus, nec prius facultates eorum excutere tenetur, vid. *decis. 4. Cur. Holland.*

Serviana, & quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria) (6) Duplex igitur de pignore in rem actio est: Serviana dicta ab auctore analogia, qua Publiciana, & quasi Serviana sic dicta, quia ad exemplum Servianæ introducta est; unde & utilis Serviana dicitur, *l. 1. in pr. & §. 2. de pign. l. 1. C. de precar.* Hæc eadem, ut hic traditur, etiam hypothecaria appellatur, a re scilicet & nomine communi: quod nomen etiam Servianæ competit; sed cum hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune est, sibi proprium fecit. Nonnumquam tamen appellatione Servianæ & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur, *l. 3. si ab eo*, 18. *de pign. l. si creditor*, 28. *de pign. act. l. ult. C. de obl. & act.* Ab actione hypothecaria toto genere differt actio, quæ pignoratitia proprie dicitur, utpote quæ non in rem, sed in personam est, nec creditori competit, sed debitori adversus ipsum creditorem ex contractu obligatum ad pignus, quod accepit, soluto debitum restituendum; de qua *ni & C. de pign. act. §. ult. supr. huic. mod. re contr. obl.* Abusive tamen veteres quandoque hypothecariam quoque pignoratitiam vocant, ut observare licet, *leg. 9. in fin. quib. mod. pign. solv. l. rem alienam*, 4. *de pign. act. leg. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. in d. l. duobus*, 19. *de exer. rei jud.* & aliis locis Vid. nostra ad *d. §. ult.*

Et Prætoris jurisdictione) Atqui quasi Serviana a prætore introducta non est, sed Jurisconsultorum ingeniis excogitata & institura ad exemplum ejus, quæ a Prætore comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti a prudentibus compositæ sunt, Prætorias censeri: propterea quod causam & initium a jurisdictione Prætoris acceperant.

De rebus coloni.) (7) Dubium non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti proposita fuit, Serviana proprie vocetur. Unde existimare licet, Prætorem nomina-

tim tantum de rebus colonorum pro mercede locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse: *Quod a colonis oppignoratum mercedis causa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquilini similiter obligatis actio verbis edicti proposita non fuit: itaque cum de his rebus agimus, non proprie Serviana experimur, sed quasi Serviana, quæ est ex edicti productione.

Quæ pignoris jure pro mercedibus) Relativum *quæ* hic non demonstrat, sed distinguit: quippe hac adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Serviana competere. Jam autem constat, non omnes coloni pro mercede pignoris jure teneri: sed primum fructus in fundo conducto nascentes: qui quidem etiam tacite citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur, *leg. 7. in quib. caus. pign. tacit. leg. 3. C. eod.* Deinde ea & sola, de quibus nominatim convenit, ut pignori essent, §. *adipiscendæ, 3. in fin. infr. de interd* nam nec invecta, inducta, aut illata in prædium rusticum, alteri pignori sunt fundi domino, quam si expressa conventio intercesserit, *leg. 7. & dict. l. 7. d. tit. leg. 5. Cod. eod.* Qua in re distat conductio prædii urbani a conductione rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit, *l. 4. de pact. & dict. l. 4. §. in quib. caus. pign. tac.* Cujus differentiæ ratio siquæratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, *leg. si servus, 61. §. locavi, 8. de furt.* quod autem erat in more positum ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum est, sicubi dictum non esset. Scio, veteres Interpretes aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum tacite sive citra pactionem expressam pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientia domini illata sint, quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *leg. 5. Cod. de Locat.* Sed merito hæc sententia a recentioribus rejecta est, nihilque eam juvat D. Alexandri constitutio, qua sola nititur. Nam voluntatis nomine in ea constitutione adsignificatur expressa conventio, quemadmodum etiam in *leg. Pomponius, 5. in quibus caus. pign. tac.* Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini illata sint, nisi, simul ut pignori essent, pactio aliqua inter eum & colonum interposita fuerit? Sed & voluntate domini illata sic recte accipi possunt, si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui autem hanc legem locationi dixit, vi ipsa & per consequentiam pactus esse intelligitur, ut quæ ex pactione importarentur, pignoris loco teneantur. Ita ferme Connan. 4. *comment.* 16. Fort. Garz *ad dict. leg. 5.* Duar. Cujac. *ad leg. 4. de pact.* Donell. *de pign. c. 4.* Bach. 1. *de pign. c.* 11. D. Tuld. *in tit. Cod. in quib. caus. pign. tac. n. 3.* Christin. *vol. 3. decis.* 110. *& vol. 4. decis.* 115.

Qua creditores pignora persequuntur) Quasi Serviana seu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis; & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competit non tantum de pignore conventionali, sed etiam de legali: quale verbi causa habent pupilli & adolescentes in bonis tutorum & curatorum, *l. pro officio, 20. C. de adm. tut.* fiscus in bonis debitorum fisci, *leg. 1. l. 2. C. in quib. caus. pign. tac.* uxor in rebus mariti in causa dotis, *leg. unic. §. 1. C. de rei ux. act.* legatarii in rebus hæreditariis, *l. 1. C. comm. de legat.* item de pignore Prætorio & judiciali, *leg. 2. Cod. de Præc. pign.* item de eo, quod testamento constitutum est, *l. non est mirum, 26. de pign. act.* denique & de pignore tacito, *l. 4. l. 7. in quib. caus. pign. tac. l. 4. de pact.*

Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam) Inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt, ait Marcian. *leg. 1. §. 1. de pign.* id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit hic Imp. *Quantum ad actionem hypothecariam attinet*, quod etiam sensisse Marcianum arguit inscriptio *dict. l. 5.* quæ est, ad formulam hypothecariam. Quorsum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem, & debitorem convenit) Additum hoc exempli causa: multa enim sunt genera pignorum; quæ constituuntur sine conventione, ut jam intellexi-mus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium speciali hypotheca affici queat, nisi coram magistratu & judice, sub cujus jurisdictione situm, pignus constituatur scriptura in fidem rei gestæ confecta, juxta placitum Caroli V. ann. 1529. Io. Duker. *lib. 1. dissert. 10. num. 34.* add. *art. 45. Ordin. Polit.* aut si feudale sit prædium, coram Paribus Curiæ, Neostad. *de feud. cap. ult. num. 26.* Grot. *lib. 2. introdut. cap. 42.* Plane ad constituendam generalem hypothecam sufficit, coram quovis hujus regionis judice bona sua apud acta publica obligasse, *d. art. 35.* Grot. *d. lib. 2. cap. 48.*

Utraque hac appellatione continetur) Sensus est, quæcumque res sit, sive mobilis sive immobilis, sive tradita sive non tradita, quæ pro debito obligata est, ex utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiscue in actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod commodum ei adhæret creditori competit, tam pro pignore proprie dicto, cujus scilicet amissa sit possessio, quam pro hypotheca, ita ut effectu juris non differant. Ex hoc dictum est ab Ulpiano, pignus contrahi non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi traditum non est, *leg. de pign. act.* Sane quod novissimo jure constitutum est, ut debitor prius conveniatur, & facultates ejus excutiantur, & sic demum, si repertum sit, debitorem non esse solvendo ad pignoris possessionem perveniatur, *Nov. 4. cap. 2.* id plerique putant tantum locum habere in hypotheca, non in pignore proprie dicto, cujus scilicet possessio ab initio ex conventione penes creditorem fuit, & postea forte amissa; sed hoc casu adhuc statim & recta possessionem pignoris avocari posse; quæ sententia non caret ratione. Negus. *de pign. part. 8. memb. 1. numer. 18.*

(12) *Pignoris appellatione eam propriè rem, &c.*) Si significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus proprie dicitur, cum simul res traditur creditori, Græcis ἐνέχυρα, & præsertim si sit mobilis: hypotheca autem cum res sine traditione nuda conventione obligationi subjicitur. In pignore id nostri sumpserunt a notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit a pugno, ut sit res, quæ traditur manu, ac velut pugno, *leg. plebi, 238. §. 1. de verbor. signif.* Unde maxime id dicitur de re mobili, In quam solam cadit, ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est, quod posterior

ætas

quo res transigitur nulla interveniente sententia, & nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio nondum cœpto seu ante litem contestatam ex conventione actori defertur. Nam ibi sententia intervenit, actionem ex jurejurando non dari, sed locum esse rationi judicati dumtaxat, videlicet cum jusjurandum actori defertur post litem contestatam: sive a reo approbante judice, quod proprie vocatur judiciale; sive a judice in causa dubia & laborante inopia probationum, etiam reo invito, secundum *l. admonendi*, 31. *de jurej. l.* 3. *C. eod.* quod jurisjurandi genus dicitur necessarium. His enim casibus judicem præstito jurejurando quasi re satis probata, secundum eum sententiam ferre, qui juravit, *l. jusjurandum*, 34. §. *ult. d. l. admonendi*, 31. *eod.* (3) De jurejurando necessario assentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio nascatur, non defertur: cæterum judiciale etiam huc pertinere arbitror ex eo quoque actionem dari; licet sententia secuta sit; scilicet præter actionem judicati. Nam non est novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obstat *l.* 34. §. *ult. de jurejur.* & omnino ex judiciali etiam actionem dari, evincitur ex *l.* 8. *C. de reb. cred. l.* 3. *& pr.* §. 1. *l.* 9. §. *ult. l.* 3. §. *de jurej.* Atque in *d. l.* 24. §. 7. *eod.* petitori, cui relatum est jusjurandum, si jurare recuset, denegatur actio. Ubi jurejurando judiciali agit, arguit relatio, cui involuntario non est locus, *leg.* 17: *pr. eodem*. Osvvald. Hiling. in Don. *lib.* 24. *Cod.* 18. E. Mudæus *ad hunc* §. *n.* 3.

Postulante adversario) Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret, nemine ei jusjurandum deferente, Prætor id jusjurandum non tenetur, quasi sibi juraverit. Et alioqui facillimus quisque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, *l.* 3. *de jurejur.*

Juraverit) At cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum. Nam remissi eadem vis, quæ præstiti, *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 1. *eod. l.* 1. *l.* 8. *C. eod.* Remittit autem, qui deferente se cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, *l.* 6. *eod.*

Justissime accommodat ei talem actionem) Justissimum ideo, quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio & consensus, qui dum jusjurandum actori defert, hoc dicere videtur, si actor juraverit, paratum se stare jurijurando, id est, præstare quod petitur. Hinc illa, jusjurandum servari propter religionem & conventionem, *leg. sed & si*, 25. *& l. seq.* §. *ult. eod.* Item speciem transactionis continere, *leg.* 2. *eod.* id est, jurejurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, *l. admonendi*, 21. *eod. l. quod si*, 21. *de dol.* Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo scilicet major sit facultas litium expediendarum, *l.* 1. *eodem*. Constituta est igitur actio ei, qui juravit, quid sibi deberi, aut suum esse, adversus eum, qui jusjurandum detulit: & constituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure Prætorio competit, ita ex contrario, si actore deferente juraverit reus se nihil debere, datur reo jurisjurandi exceptio; de qua *infr. sub tit. de excep.* §. 4.

Sed an juraverit) Δι' ἢ σκέψις τῶν ὁρκων. Dato igitur jurejurando vel remisso, non aliud quæritur, quam an juratum sit, an parato jurare jusjurandum remissum, insuper habita quæstione, an debeatur, quasi id probatum sit jurejurando, *d. l.* 5. §. 2. *l.* 9. §. 1. *eod. leg. post rem*, 56. *de re judic. l. si quis*, 11. *in fin. C. de jurejur.* ubi ejus rei hæc ratio redditur, ne repetita lite finis negotii alterius causæ fiat exordium. Et omnino qui adversarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renuntiasse intelligit, quæ ante jusjurandum præstitum objici, jurisque jurandi præstationem impediri aut remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in causa judicati objici potuissent, *l. cum qui* 20. §. *ult. eod.* Anton. Fab. *C. suo eod. tit. defin.* 11. An jusjurandum prætextu aliquo, sive inventionis novorum instrumentorum, sive perjurii, retractari queat, & num pœna aliqua pejeranti legibus civilibus constituta sit, disputare non est hujus loci. Consulantur DD. in *l.* 1. *l.* 2. *& l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.*

TEXTUS.

De actionibus pœnalibus.

12. *Pœnales quoque actiones Prætor pene multas & sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset, & in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset: litem adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.*

NOTÆ.

11. *Qui quid ex albo*) In eum, qui album Prætoris jurisdictionis perpetuæ causa propositum corrupit, judicium populare 50. aureorum datur. In Pand. Flor. legitur 500. *aureorum*, *l.* 7. *de jurisd.* Prætorum edicta in tabulis dealbatis conscripta proponebantur, ut unicuique legendi potestas esset.

Cum id non impetrasset) *L.* 4. §. 1. *& deinceps l.* 1. *cum* 3. *seqq. de in jus voc.* inque eum quinquaginta quoque aureorum judicium datur, *l. pen. & ult. eod.*

Qui vi exemerit) Adversus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æstimata, *l.* 1. *l. pen. & pas. ne quis eum, qui in jus voc. &c.*

COMMENTARIUS.

1 *Quale judicium edicto constitutum in eum, qui album corrupit? & quid hoc loco sit album?*
2 *Quid edictum perpetuum, quid temporale? & cur illud corrumpens actione popolari teneatur, non item qui hoc: & utrum pœna fisco applicetur, an litem occupanti?*
3 *Qui in totum: & qui sine venia in jus vocari edicto prohibeantur: qui sine venia vocavit, qua actione teneatur?*
4 *Quæ causa Prætorem moverit, ut patronum & parentem nisi venia impetrata vocari noluerit? problematice.*
5 *Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram Interpretum extensio.*
6 *Quale judicium constitutum in eum, qui in jus vocatum vi exemerit? Hodie vix huic locum esse.*
7 *Recensentur pleræque aliæ actiones Prætoriæ pœnales.*

HAbuimus exempla quædam Prætoriarum in personam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio gesto proficiscuntur, reique persecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum, quæ quidem & ipsæ Prætoriæ sunt & personales, sed ex edicto veniunt,

niunt, & pœnæ persecutionem habent; ut actio de albo corrupto, de patrono aut parente sine venia in jus vocato, de in jus vocato vi exempto.

Pene multas) Pro *pene* videtur legendum *bene*, est, *valde*: nam *bene* particula vereribus sæpe est αὐξητικὸν, ut bene doctus, bene magnus, bene longus, &c. ero *lib.* 2. *de Orat. cap.* 88. *Habetis sermonem bene longum.* Idem *in Rull. cap.* 22. *Adolescens non minus bene nummatus quam capillatus.* Oppius *de bel. Hispan. cap.* 12. *Cum bene magnam multitudinem telorum injecissent.* Et mox *cap.* 13. *Cum bene magnam partem anuri consumpsissent.*

Qui quid ex albo) (1) Exemplum primum actionum pœnalium ex jurisdictione Prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album Prætoris corrupit, judicium populare quinquaginta aureorum datur, *l.* 7. *in princ. de jurisd.* Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ ditiones habent *quingentorum aureorum*. Quod D. Cujac. *lib.* 10. *obs.* 10. & quibusdam aliis magis probatur, gravitatem delicti. Quamquam vix est, ut tantæ pecuniæ pœna conveniat judiciis popularibus. Hodie pro arbitrio judicis multari solet, Bus. *ad l.* 7. Album hoc loco significat tabulam gypsatam, in qua edictum perscriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi potestas esset. (2) Cum autem duplex edictum sit, unum perpetuum, quod per universum Prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet causis; alterum temporale & paucorum dierum, quod ad causas singulas & oborta negotia accommodatur, quale est citatorium & peremptorium, *l. ad peremptorium*, 68. *cum l. seqr. de jud.* sciendum est, pœnale hoc judicium constitutum adversus eos tantum, qui quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum est, corruperunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur, *dict. l.* 7. *de jurisd.* Illi auctoritatem Magistratus violant, & ideo ipsam quodammmodo rempubl. civesque universos lædere videntur; unde quoque est quod hoc casu populare judicium Prætor proposuit, id est, unicuique ex populo eo nomine actionem concessit, *d. leg.* 7. Hic tantum privatos offendere intelliguntur, nimirum eos solos, quorum gratia edictum propositum erat: & proinde sufficit, hos ipsos injuriam sibi factam privata actione persequi posse. Dissentit Gomez *hic n.* 5. cujus sententia praxi horum temporum magis convenire videtur. Ait, *corrupisse*, scilicet dolo malo: nam quod quis per imperitiam, rusticitatem, aut casu fecit, ad hoc edictum non pertinet, *dict. l.* 7. *in princ. & §. dolo*, 4. Tenetur vero hoc edicto non tantum qui corrupit, sed etiam qui substulit, aut corrumpi tollive mandavit, *d. l.* 7. §. *ult.* Quæritur autem, cum actio ex hoc edicto popularis sit, utrum pœna fisco applicanda, an privato litem occupanti. Sed verius est litem occupantis lucro eam cedere; per *l.* 12. *de verb. signif.* & ita post DD. comment. Gomez *hic*, *n.* 29. Schneid. *n.* 28.

Qui patronum vel parentem in jus vocasset (3) Alterum exemplum actionis Prætoriæ pœnalis de patrono aut parente sine venia in jus vocato. Quædam personæ sunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur, quædam quæ vocari prohibentur sine venia Prætoris. In totum vocari prohibentur Magistratus, qui imperium habent: item omnes, qui necessaria aliqua occupatione, sive privata, sive publica, aut religiosa detinentur, *l.* 2. *cum* 2. *l. seqq. de in jus voc.* sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque Magistratu aut negotio expirat. Sine permissu suo Prætor vocari prohibet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronæ: atque in eum, qui adversus hanc partem edicti fecerit, pœnale judicium quinquaginta aureorum parenti patrono, &c. constituit, *l.* 4. *cum aliquos seqq. l. pen. & ult. d. tit. l.* 1. 2. 3. *C. eod.* (4) Causam huic edicto dedisse existimant veterem judiciorum Romanorum morem; sic enim jus fuisse olim, ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire, alioquin vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret, quod filio in patrem, liberto in patronum sine venix petitione permittendum non fuerit, ita fere Duar. 1. *disp.* 1. Rævard. *cap.* 5. *adl.* 12. *Tabul.* Cujac. 10. *obs* 10. Hotom. Don. Vult. *ad hunc* §. qui pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri solitam fuisse non tantum sine ullo apparitore præceptove judicis, sed passim etiam licuisse adversario vocatum, ni confestim iret, vocantemque sequeretur, aut satis vel cautum daret, si certo die affuturum, testibus adhibitis ducere, trahere, obtortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen, quamvis pauci, qui adduci non possunt, ut credunt violentam illam ductionem simpliciter & in quovis permissam fuisse. Quid enim ajunt, tam alienum a disceptationibus civilibus quam judiciorum omnium exordium fieri ab impressione & violentia? Nec vero illa, quæ sunt apud Comicos, *in jus ambula*, item *In jus eamus*, & apud Plinium *in Paneg. c.* 36. *In jus veni. Sequere ad tribunal*, manus arguere injectionem. Illa quidem arguere, quæ legimus in *Eunucho* 4. 6. 31. *In jus ducito*. In *Aululavia*, 5. 20. 30. *Ad Prætorem te rapiam*. In *Rudent.* 3. 6. 15. *Rapior obtorto collo*. Item apud Hor. 1. *Satyr.* 9. *v.* 77. *Rapit in jus.* Se Horatium aperte loqui de vadimonii desertore. Comicos autem fere agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & vilissimum habebatur. In hujus tantum generis homines, aut ejusdem vilitatis, in desertores vadimonii, aut latitantes, si in publico occurrissent, violentiam illam impune exerceri potuisse. Non obstare huic sententiæ edictum: *Ne quis eum, qui jus vocabitur, vi eximat.* Nam & eum, qui sequitur, aut sequi paratus est, vi eximi posse, ne eat. Nec verbum *ducere* quo utitur Jurisconsultus in *l.* 1. §. 4. *qui satisd. cog.* hoc enim de volentibus proprie dici; ut ab illo Senecæ: *Fata volentem ducunt, nolentem trahunt.* Quod autem parentes & patroni sine permissu Prætoris a liberis & libertis in jus vocari vetantur, id non hanc habere rationem, quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit, vocatusque, si ire recusaret, manu injecta trahi potuit; quod filio & liberto sine venia permittendum non fuerit propter reverentiam parenti & patrono debitam, sed quia hoc ipso, quod filius patri, libertus patrono diem dicunt, propriaque auctoritate eos in jus ire jubent, contra reverentiam & pietatem faciunt. Et quis denique, ajunt, non indignetur, qui audiat, facinus tam indignum a Prætore permitti, ut filius patrem, libertus patronum manu injecta in jus rapiat? aut quomodo filius aut libertus ad citra impietatem petere possunt? His ergo rationibus moti existimant, edictum de in jus vocando pertinere non ad violentam aliquam raptionem, sed ad simplicem vocationem ac denuntiationem: raptionisque violentiam non in quosvis cives, sed tantum in personas viles, & desertores vadimonii exercitam fuisse. Sententia est D. Jo: Vaudi *l.* 2. *q.* 26. & Bachovi *ad tit. de in jus voc.* eamque juvare videntur textus in *l.* 11. *l.* 18. *& seq. l.* 22. *d. tit. l.* 2. §. 1. *si quis in jus voc. non iter.* ubi

Pau-

Paulus scribit, eum, qui in jus vocatus non ierit, a competente judice multari: & si actoris nihil interest, adversarium suo tempore venisse, pœnam a Prætore remitti in his regionibus ea pars edicti, quæ est de magistratibus in jus non vocandis, non observatur: sed possunt magistratus, omnesque, qui publico aliquo munere funguntur, æque ac quivis privatus in jus vocari, *art. instr. Cur. Holland.* 8. 12. & 38. Bus. Morna. Autumn *ad l.* 2. *de in jus voc.* Zypæ, *not. jur. Belg. eod. vers. magistratus*. Cæterum in causis, quæ ad officium eorum pertinent, ratio citandi nonnihil diversa. De qua vide Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *tit.* 3. *cap.* 4. Altera vero pars de parentibus sine venia non vocandis, etiamnum hodie obtinet, quamvis ex auctoritate & jussu magistratus per apparitores viatoresve vocatio nunc peragatur. Dixi, jussu magistratus: nam etsi apud nos inferioribus tribunalibus apparitores sive nuntii nullo speciali judicis mandato interveniente, nec libello supplice exhibito, (uti fit in Provinciali & suprema Curia), ad solam petitionem actoris vocationem exequantur, id tamen faciunt quasi ex tacito & generali magistratus mandato. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. noviss. cap.* 5. Merul. *dict. sect.* 1. *tit.* 6. *cap.* 12. Christin. *vol.* 2. *dec.* 154. Perez. *C. de in jus voc. n.* 3. Enimvero venia in prima instantia semel impetrata, eam repetere in secunda non est necesse. Interpretes hanc edicti partem etiam ad alias personas extendunt. 1. Ad parentes spirituales, quos vocant, id est, eos, qui agere volentem de sacro fonte Baptismatis levaverunt. Alex. Castr. & alii in *l. generaliter*, 13. *de in jus voc.* Scheneid. post Angel. Jas. *hic num.* 42. Christin. *vol.* 2. *dec.* 90. *n.* 7. 2. Ad socerum, socrum, vitricum, novercam, qui jure nostro parentum loco sunt, genero, nurui, privigno, privignæ. DD. comm. in *d. l. generaliter*, 13. Fulgosus tamen, & post eum Alex. *d. loc.* de vitrico & noverca dissentiunt: & D. Merula *dict. sect.* 1. *tit.* 4. *cap.* 12. tradit, more nostri fori vitricum & novercam posse sine venia in jus vocari. Videndum an non probanda sit distinctio Jasonis *hic*, *n.* 75. inter affinitatem durantem & dissolutam, cum D. Diod. Tuldeno *comm. ad lit. de pen. rem. litig. infra cap.* 5. 3. Ad præceptorem, quia & hic discipulo suo parentis loco sit. Menoch. 2. *arb. jud. quæst. ult.* Alciat. in *l.* 1. *Cod. de in jus voc. n.* 8. Verum alii hoc improbant. Duar. *cap.* 4. *de in jus voc.* Jas. *hic num.* 78. Alex. in *d. leg. generaliter*. 13. Plerique tamen horum distinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa venix impetratione non sit opus, in hac contra. Sed hoc admisso, præceptorem verbaliter sine venia citari posse, fatendum est, edictum, secundum verum ejus sensum, de quo supra, ad præceptorem non pertinere. Quasi secundum mores hodiernos de reali citatione disputemus, quæ in causis civilibus rarissime locum habet, & non nisi ad commissionem judicis fieri potest, tanto minus hodie ista distinctione utemur. Considerandum vero, an inter ipsos præceptores non sit admittenda distinctio, separandusque a qualiquali præceptore operam leviter locante is, qui simul & educator, vitæque & morum formator sit, qualem veteres teste Juvenale *satyr.* 7. *sancti voluere parentis esse loco*. 4. Ad universitatem & civitatem. Nam ex communi opinione non potest civis cujusque universitatis aut civitatis sine venia in jus vocare universitatem aut civitatem suam: quoniam non minus patriæ suæ quisque, quam parentibus debet. Grammat. *cons. civ.* 40. Viv. *opin.* 119. *l.* 2. Schneid. *hic*, post Ang. Jas. *n.* 44. Contrarium tamen censuit aliquando Curia Mechlin. teste Christ. *vol.* 2. *dec.* 90. *n.* 7 Postremo sunt, qui nec dominum feudi a vassallo sine permissu judicis impune in jus vocari posse contendunt: inter quos & Merula noster *d. cap.* 12. Sed communis opinio contrarium tenet. Mynsi. 4, 4 *observat.* 92 Gail. *de pignor. cap.* 15. *n.* 6. D. P. Everh. *in locis legal. a manud. caus.* 41. *in calce*. Plane si dominus feudi simul sit & dominus territorii, non poterit a vassallo sine venia vocari, non quia vassallus, sed quia subditus, cui utique dominum eumdemque Principem suum in jus vocare sine petitione venix licere non debet, Gail. *d. cap.* 15. Rol. a Vall. *cons.* 18. *lib.* 2. Alciat. *ad l.* 2. *Cod. de in jus voc.* Arnold. de Reyg. *in addit. ad observ.* Mynsi. 92. VINN. Sic ex uno absurdo sequuntur plura, ex una quæstione supervacua sexcentæ aliæ. Edicti Prætorii de parentibus & patronis sine venia non vocandis, non alia fuit ratio, quam quod in jus vocatio publice sub dio facta merito ignominiosa videretur. Sive enim rapi potuisse nolentes ire dicamus, sive existimemus, vocare tantum licuisse, parum verecundum profecto erat, filium patri, libertum patrono in publico occlamare: *ambula in jus*. Noluit itaque Prætor eam vocationem, sine venia fieri. At quid hæc caussa ad citationem hodie receptam? An & hæc patris, vel patroni pudorem sugillat? Quidni ergo cessante in universum hujus juris ratione, ipsum jus cesset? Sed ita multa passim sine delectu in foro recepta videas, quæ ipsi forte Romani, si ea apud nos fieri viderent, riderent, HEIN.

Qui vi exemerit eum) (6) In eum, qui vocatum in jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, pœnale judicium a Prætore constitutum est, *l.* 1. *& pass. ne quis eum, &c.* Pœna autem longe alia est, quam superiorum; nam neque definita est, & admodum magna esse potest. Litis enim æstimationem cogitur exemptor solvere, *l. pen. eod.* ubi Jurisconsultus ait: in eum, qui vi exemit, in factum judicium dari; quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est. Quod additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc pœnam eum persequi. His autem verbis non significatur, actorem in litem juraturum, sed eam rem æstimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiamsi res non deberetur, tamen ejus æstimationem solvat. Hodiernis moribus vix est ut huic judicio sit locus.

Et alias innumerabiles) Ἀ' πολλαπλᾶς, pro *multas & varias*, veluti contra eum, per quem factum erit, quominus quis in judicio sistat; de dejectis vel effusis; de suspensis vel positis: contra nautas, caupones, stabularios, *sup. tit. præced.* contra calumniatores in quadruplum, §. 25. *inf. eodem*, item contra mensorem, tit. *ff. si mens. fals. mod. &c.*

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

13. *Præjudiciales actiones in rem esse videntur; quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, sive servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam caussam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit: cæteræ ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

TEX-

NOTÆ.

13. *Præjudiciales actiones*) Præjudicia sive actiones præjudiciales recte definiuntur a Theophil. formulæ sola intentione constantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hic petitur restitui, sed tantum ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit.

Una legitimam causam) Utpote quæ ex lege 12. Tabular. descendit, *l.* 2. §. 24. *orig. jur.*

Cæteræ ipsius Prætoris) De partu tamen agnoscendo quædam cauta sunt SCta, *l.* 1. *l.* 3. §. *de lib. agnosc.*

COMMENTARIUS.

1 *Præjudicialium actionum definitio: earum genera, & unde sic appellentur?*
2 *Cur actionibus in rem annumerentur?*
3 *De libertate inter quos agatur?*
3 *Inter quos vertatur quæstio de ingenuitate?*
5 *Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem, quo effectu detur?*
6 *Actio de jure familiæ inter patrem & filium.*
7 *Quid hoc differat ab illa de partu agnoscendo?*

DUobus generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, eorumque causis, quantum instituto convenire visum est, expositis, occurrit Imperator tacitæ objectioni, qua effici videtur deesse aliquid superiori divisioni, ac proinde eam vitiosam esse. Objici enim potest, actiones præjudiciales utique etiam actiones esse, uti nominantur: has autem actiones divisione ista non contineri: quippe quæ neque in personam, neque in rem esse videntur. Non esse in personam, ex eo apparet, quia non dantur adversus eum, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid vel faciendum; quod est proprium actionum in personam, *l. act. 25. de obl. & act.* Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur, ut res nostra, quæ ab alio possidetur, nobis restituatur; nullam vero hujusmodi restitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfecta igitur esse divisionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Justinianus tacite hic removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere: & nimirum eas videri esse actiones in rem: quam recte, videbimus inferius. (2) Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vindicat, aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ, unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber sit, an servus; alterum de ingenuitate, in quo quæritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus: tertium de jure familiæ, in quo quæritur, utrum quis sit filius, an non sit; quæ genera etiam hic proposita sunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l. quoties* 18. *de probat. l. ult. si ingen. esse dic. l.* 3. §. 2. *de agn. lib. l.* 1. §. 2. *de rei unid. leg. actionis* 37. *de oblig. & act.* ducto nomine non ex eo, quod aliis causis præjudicium quandoque adferat, aut quia harum judicium præcedere debeat; hoc enim commune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales, uti videre est in *l. Papinianus* 8. §. *pen. de inoffic. testam. l. per minorem* 54. *de jud. l. fundum* 15. *l. fundi* 18. *l. rei* 21. *de except. l.* 5. *in fin. de hær. pet. l. ult. C. eod.* sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudiciis aliis rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio inciderit, *l. antep. de stat. hom.* quamvis alias res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l.* 1. §. *ult. leg.* 2. *l.* 3. *princ. de agnosc. lib.* In his actionibus uterque & actor & reus esse potest; cæterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, *l. generaliter* 12. *de except. leg. circa* 14. *de probat.*

In rem esse videntur) (2) Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non male in rem esse dicuntur: quoniam his omnibus, qui agit, aliquid suum dicat & asserit: dominus servum suum in servitutem, servus libertatem, patronus jus patroni, libertus ingenuitatem, pater jus patris, filius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ, quæ proprie ita dicuntur: & ideo ait, *videntur*. Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, priorem tantum præ se ferunt, nempe is talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut fit in actionibus in rem proprie sic dictis, *l.* 9. *l. qui restituere* 68. *de rei vind.* Quod etiam intellexit Theophilus, cum præjudicium dicit esse formulam sola intentione constantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum statu adversarii sententia judicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur commoda, quæ ex statu nascuntur, tribuunturque domino, patrono, patri, filio; quæ commoda qualia sint, satis notum est. Dom. Herm. Vultejus *hic, & disceptat. scholast.* 3. contendit, præjudiciales actiones, contra quas hic scriptum est, in personam esse, non in rem: sed argumentis parum solidis, & quæ vel mediocriter in Jure versati facile confutare poterim: qui volet, adeat D. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 26. *thes.* 4. ubi ex professo Vultejum refellit.

An aliquis liber) (3) Prima præjudialis actio de libertate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit.* π, *& Cod. de lib. caus.* De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, servum suum esse dicit: alter contra servum se esse negans, liberum se esse contendit. In domino ultro agente actionem agnoscas confessoriæ similem; in servo in libertatem proclamante similem negatoriæ, *l.* 7. §. *ult. l.* 10. *de lib. caus.*

An libertas sit) Secunda actio præjudicialis, in qua quæstio ingenuitatis vertitur. (4) De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse: alter se ejus libertum esse negat, seque aut ingenuum plane esse, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vindicat actione velut confessoria: alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *leg. circa* 14. *leg. quoties* 18. *de probat. leg. ultim. si ingen. esse dic.* Quæsitum est, an contra vasalos nostri temporis, qui nolunt dominum recognoscere, utile hoc præjudicium detur. Negant. Joann. Fab. Zas. & Scheneid. *hic num.* 20. & DD. comm. Alio autem pactu domino consuli ajunt, quippe qui fundum tanquam commissum auferre possit.

De

æris usu Latinum fecit, dictum παρὰ τὸ ὑποτίθεσθαι, quod est *supponere*, id est, *pignori opponere*, *fiduciare*: ut appareat, verbum generale esse, eoque significare utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt, quam quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subjectæ significatio rem habeat, id etiam fit in verbo hypothecæ, quod cum per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ut ea appellatione intelligatur species pignori contraria, id est, res quæ sine traditione nuda conventione tenetur, & maxime immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca a pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. sirem*, 9. §. *proprio*, 2. *de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videtur, sed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quod in iis, quæ manu Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, numquam nomen hypotheca occurrat, sed fiduciæ duntaxat, ut videre est apud Paulum in libris receptarum sententiarum, *lib.* 1. *tit.* 9. *lib.* 2. *tit.* 5. *lib.* 3. *tit.* 6. *de legat. lib.* 5. *tit.* 26. *in fin.* sicut nec actionis hypothecariæ ullibi in his mentio extat, sed fiduciariæ, judicii & actionis fiduciæ tantum, ut apud eumdem Paul. *d. lib.* 2. *tit.* 13. Modestinus apud Licinum Ruffinum *in collat. l. Mosaic. & Rom. tit. de depos. Sed & in cæteris quoque partibus juris ista regula* (de culpa præstanda) *custoditur: sic enim & in fiduciæ judicio, & in actione rei uxoriæ & dolus & culpa deducitur, &c.* Papinianus apud eumdem *tit. de atroc. in jur. Per hominem liberum noxæ deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a Prætore, qui noxæ deditum accepit, sed fiducia judicio non tenetur.* Fuit vero & hoc ipsum fiduciæ verbum generale, eoque tamque pignus, id est, ἐνέχυρον, quam ἀπόθηκην significabatur. Cic. *in Topic. cap.* 10. *Si inter fidem præstare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam accepit? debet & Procurator.* Paul. *d. tit.* 13. *Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem.* Sed usus item speciale fecerat, contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. *d. lib.* 2. *tit. de modo, id est, spatio: Hæredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, &c.* Idem alibi: *Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciæ dederit, &c.* id est, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clar. Salmas. *lib. de mod. usur. p.* 14. VINN. Cave existimes fiduciam fuisse hypothecam, quamvis in pignoribus & hypothecis constituendus usus ejus esset frequentior. Erat nimirum fiducia singulare genus contractus, quo tunc utebantur, quoties ea lege quod mancipabant alienabantve, ut quandocumque placeret alienanti, res restitueretur. Id quod sibi cavebant, hac formula: *Uti inter bonos bene agere oportet, ne propter te tuamque fidem fraudare.* Cic. *de Offic. III.* 17. *& ad Fam. Epist. VII.* 12. Hinc creditores non contenti pignus se habere, illud sibi mancipari jubebant, addito tamen contractu fiduciæ, ut reddita pecunia, pignus restituatur. Isid. Hisp. *Orig. V.* 25. Ger. Noodr., *Obs. II.* 8. Inde fiducia aliquando pro pignore locis hic citatis, & apud Cic. *pro Falc. c.* 8. *fiduciatus servus*, pro oppignorato apud Paul. *Rec. Sent. II.* 13. 2. *fiduciare pignoribus alterum* apud Tertul. *de Idolol.* Eodem fiduciæ contractu aliquando usos esse in locatione conductione ex Plauti *Bacch. Act. IV. Scen.* 4. *v.* 109. colligunt. Nec minus idem factum videtur in contractu depositi: saltem *fiduciam* pro deposito dici a Cic. *pro A.*

Cæcin. c. 3. & *pro Q. Rosc. Commod. c.* 6. non absre conjecit Taubmann. ad Plaut. p. m. 489. Denique fiduciæ usus in emancipatione liberorum satis notus est. Vid. *Antiq. nostr. Roman. lib.* 1. *tit.* 12. §. 9. HEIN.

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis personalibus.

8. *In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Prætor, veluti de pecunia constituta: cui simili videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum: & eam, per quam quæritur, an actor juraverit; & alias complures.*

NOTÆ.

8. *Repetitia*) Hæc actio civilis erat verbis solemnibus composita, & tantum in argentarios dabatur, cæterum de re quacumque etiam ante non debita: actio autem constitutoria, quæ honoraria est, dabatur contra omnes quidem, qui constituissent; sed tantum de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant; & non nisi debito constituto, *leg.* 2. *Cod. de const. pec.* add. Salmas. *de mod. usur. cap.* 16.

In actionem pecuniæ constitutæ) Actionis receptitiæ vis omnis a Justiniano transfusa est in constitutoriam, excepto eo, quod non constituitur nisi debitum, etsi recipiebatur, & non debitum, *d. l.* 2.

COMMENTARIUS

1 *Recipere quid? actio receptitia.*
2 *Actionis receptitiæ & constitutoriæ discrimina: & præcipua causa.*

HActenus actiones Prætoriæ in rem, subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum Prætoriarum in personam quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscuntur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio: ac utriusque generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ; neque enim hoc loco omnes, sed paucæ tantum proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hæ tres de constituta pecunia, de peculio; ex jurejurando.

Cui similis videbatur receptitia) (1) Actioni de pecunia constituta similis fuit vetus actio receptitia, sic dicta a verbo *recipere*, quod inter alia significat in se aliquid suscipere & polliceri: nam passim apud Classicos auctores invenies, *recipere in se, ad se*, & simpliciter *recipere*, dictum pro aliquid fact. .n promittere: & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, quam *promittere*. Cicero Licinio Crasso *Fam. l.* 5. *ep.* 8. *velim existimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, sanctissime esse observaturum.* Hæc autem receptitia actio tantum erat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponebantur. Itaque si mensarius citra stipulationem recepisset, se certo die soluturum, quod hic vel ille apud se deposuisset, hoc conven-

tionis genus receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea re competebat, repetitia sive pecuniæ receptæ.

Nostra constitutione) (2) Extat *in l. 2. C. de const. pec.* Quantum autem ex hac constitutione Justiniani intelligere licet, hæc inter actionem receptitiam & constitutoriam discrimina fuerunt; illa civilis erat verbis solemnibus composita, hæc Prætoria: illa tantum contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui constituissent: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum, in hanc non nisi debitum: illa in quibuscumque rebus, hæc in iis tantum, quæ pondere, numero, & mensura constant, locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentiæ hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmasius *lib. de mod. usur. cap. 16.* quod olim mensarii actionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quasi sequestres. Idcirco & promittebant, se soluturos aut reddituros pro aliis res quascumque mobiles vel immobiles. Cæterum Justinianus sublata repetitia, unam esse voluit actionem adversus omnes constitutiones, eam, quæ pecunia constituta appellatur, quod ad agendum esset commodior, & verbum *pecuniæ* omnibus conveniret, *l. pecuniæ*, 178. *de verb. signif.*

Si quid plenius) Hoc tamen excepto, quod non constituitur, nisi debitum, etsi olim in receptitiam veniebat & quod non fuerat debitum, *a. l. 2. C. de const. pecun.*

Et alias complures) Cujusmodi sunt quod jussit exercitoria, institutoria, tributoria, de in rem verso: quæ etiam explicantur *tit. proximo*.

TEXTUS.

9. *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam aliquis si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionis de pecunia constituta introducta causa.*
2 *Singulare in hac actione.*
3 *Quibus ex causis hac actione teneantur?*
4 *Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.*

1) Actio de pecunia constituta edicto Prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit se facturum quod ante debitum fuit, *leg. 1. §. 1. de const. pec. l. 2. C. eod.* ex hac causa jure civili actio non competit; quippe quo jure ex nuda conventione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta constituenda putavit motus naturali æquitate: quoniam ut Ulpianus ait *d. l. 1. in pr. grave est fidem fallere*. Grave scilicet in hac specie maxime, ubi quod jam ex aliqua præcedenti causa debetur, nova conventione stabilitur ac confirmatur: nam nisi debitum sit, quod constituitur, Prætor actionem non dat. (2) Illud in hac actione, ut singulare observandum est, quod ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum, qui constituit, neque solvere, neque feciisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, *l. si duo, 16. §. 3. & seqq. l. sed & si, 27. & l. seq. de pec. pec. const.* Ex quo simul intelligimus non amitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo: quod ratio juris civilis non patitur: sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituto die, quominus oblatum acciperet. Nimirum Prætori nnvam actionem præter regulam juris inducenti visum est, eam sic proponere, ut quam mitissime cum reo ageretur, & quæcumque culpa posset actori in accipiendo objici, ne actio daretur.

Pro se vel pro alio) Is solus actione constitutæ pecuniæ tenetur, quid quod ante debitum fuit, constituit, *l. 1. §. 1.* & passim deinceps, *l. 5. §. 2. l. item illa*, 18. *§. 1. h. t. de pec. const.* A quo autem debitum sit, utrum ab eo, qui constituit, an ab alio, nihil interest, *dict. l. 5. §. l. 1. C. eod.* Sed nec illud refert, qua ex causa, quove jure debitum sit, dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur, *l. 1. §. debitum, 6. & deinceps l. 3. §. 1. eod.* Hoc amplius, etsi quis constituit alii, quam creditori, modo pecunia debita sit, valebit constitutum: nihil enim Prætor adjecit, *d. l. 5. §. 2.* Postremo & aliud, quam quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui citeriore die, aut alio loco, quam quo dari oportet, *d. l. 1. §. an potest. 4. leg. 4. l. 4. in pr. eod.* Id quod sub conditione debetur, sive pure sive in diem constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituat, hunc esse utilem, id est, efficacem actionem, Pomponius censuit, *l. id quod, 19. pr. & §. 1. eod.*

Nulla stipulatione interposita) Actioni constitutoriæ tunc locus est, cum quis nudo pacto se soluturum constituit. Nam si stipulatio intervenerit, actio honoraria non desideratur, cum sit civilis ex stipulatu. Illud sciendum est, constitutum priorem obligationem non innovare, sed ei accedere, eumque etiam, pro quo alius constituit, adhuc obligatum manere, *l. ubi quis, 28. eod.* Quæ species constituti multa habet cum fidejussione communia. Veluti quod liberato priore seu principali debitore, liberetur & pecuniæ constitutæ reus, *l. in omnibus, 43. de solut.* quod ei beneficium ordinis & excussionis non minus quam fidejussori tributum est, *Nov. 4. c. 1.* & si plures sint pecuniæ pro alio constitutæ rei, quod his etiam competit beneficium divisionis, *l. ult. Cod. h. t.* Cæterum & in multis discrepant: nam constitutum unde pacto perficitur, fidejussio stipulationem requirit: constitui potest etiam aliud, quam quod debetur, & alii, quam credirori, & quod ulteriore die debetur, constitui citeriore. Quorum nihil admittit fidejussio, ut docuimus *supr. fidejuss. sub §. fidejussores, 5.* quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus constitutum a fidejussione vix discerni posse, sublata videlicet pacti & stipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui stipulationum firmamenta actionibus suis non adhibebant, nullum hac in parte discrimen fuit inter ὑπισχνεῖσθαι & ἐγγυᾶσθαι commune.

TEXTUS.

De peculio.

10. *Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit Prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non tenentur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.*

NO-

NOTÆ.

10. *Ipso jure non teneantur*) Filiusfam. patrem civiliter non obligat; nec servus dominum, *l.* 8. *de resc. vend. l.* 8. §. *ult. de accept.*

Veluti patrimonium) *L.* 32. *in fin. princ. de pec.* Peculium autem filiisfam. hic profectitium tantum accipimus, *leg.* 18. *in fin. de castr. pec. l.* 6. *& leg. ult. C. de bon. & quæ l.b.*

COMMENTARIUS.

1 *Causa introducendæ actionis de peculio.*
2 *Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.*
3 *An actio de peculio, quæ adversus patrem datur, specie differat ab ea, qua tenetur filius?*
4 *Cujus peculii nomine pater ex contractu filii recte conveniatur?*
5 *Actione de peculio non consumi obligationem, quæ cum filio aut servo contracta.*
6 *Ex delictis actionem de peculio non dari.*
7 *Causæ, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

ETiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiisfam. aut servi adversus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l.* 1. *C. neux. pro marit. l.* 1. *C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in al. pot.* (1) Sed prætori æquum visum est, ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hactenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium filio aut servo concessum pateretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent quos peculium habere scirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filiis & servis concedunt, de eo se tacite obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, *arg. l.* 1. §. *item*, 5. *de acquir. possess. leg.* 1. *si a patr. quis man.* ut proinde qui cum servo aut filio contrahit, etiam domini & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur. Porro ut hic locus ostendit, actio de peculio non est actio in rem, sed in personam. (2) Quippe quæ non nascitur ex ullo jure, quod quis in re habet, sed ex obligatione, ut passim legimus dominum & patrem de peculio obligari. Obligantur autem non ex sua persona, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam, quam modo allegavimus. Plane in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cum peculio alienatus sit, *l. & ancillarum*, 27. §. 2. *de pecul.* actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversus eumdem locum habeat, *l. actionum*, 25. *de oblig. & action.* Cæterum hoc ideo placuit, quia Prætor propter peculium dominum teneri voluit, & tantum peculio tenus.

Actiones) Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi, &c. de peculio. (3) Quæsitum autem est, an actio, quæ de peculio adversus patrem datur, sit diversa ab ea, quæ contra filium competit, ut quemadmodum duo hic sunt debitores, *l. si quis*, 44. *de pec.* ita & duæ sint distinctæ actiones; an vero una sit eademque actio. Et certum est, numero quidem hasce actiones differre; at non videntur differre specie; sed actio de peculio cum altera illa esse eadem specie actio, novam saltem qualitatem habens. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati, depositi ex empto, adjectio: prorsus ut actio noxalis non est propria actio specie distincta ab ea, quæ directo ex delicto competit, sed tantum actionis ex delicto adjectio, quamquam novam habeat qualitatem, vid. *infr.* tit. 8.

De peculio) Peculium servi simplex est & unius generis; totum in domini, a quo profectum est, potestate: unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium vero filiisfam. multiplex & non unius naturæ. Genera ejus singula distincte exposita sunt *sub* t. 9. *lib.* 2. (4) Ex ea autem distinctione intelligere licet, patrem non de omni peculio recte conveniri, sed de profectitio tantum, quod solum totum in potestate habet. Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pater jus nullum habet, sed ipse filius locum ac cujus patrisfam. in eo obtinet, *l. ex castrensi*, 18. *in fin. de castr. pecul. l.* 30. *C. eod. leg.* 2. *de SC. Maced.* De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectitio in patrem actio competebat; sed postquam Justinianus adventitii peculii proprietatem filio concessit, & pater tantum usufructuarius hujus peculii & legitimus administrator factus est, destitit ex contractu filii de hoc peculio conveniri posse, *l.* 6. *& l. ult. C. de bon. quæ lib.* multo minus igitur conveniri poterit eo casu, quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet. Costalius post Bartol. *in leg.* 1. *de pecul.* Christi *vol.* 3. *decis.* 35. *num.* 2.

Adversus patrem & dominum) (5) Ita ut nihilominus salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium superstit, *l. si quis*, 44. *de pecul.* si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia a manumisso soluta non repetatur, *l. eo tempore*, 50. *& §.* 2. *eod. l.* 14. *de obl. & act.* Itaque quod dicitur in *d. l. si quis*, 44. cum qui cum filiofam. contrahit, duos habere debitores, filium in solidum, & patrem de peculio; idem de eo quoque, qui cum servo contraxit, dici potest, nimirum etiam hunc duos habere debitores, dominum de peculio, servum in solidum; sed hoc interest, quod cum filio etiam agi potest, cum servo non potest; qua de causa Jurisconsultus in *d. l. si quis*, 54. filiisfam. tantum meminit. Illud per se planum est, pro eo quod actor a patre aut domino actionem de peculio consecutus est, minui filii & servi obligationem; ut & illud, si filius conventus pecunia aliunde quæsita solverit, etiam patrem liberari.

Ex contractu) (6) Additum hoc consulto ad removenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque pœnalibus actio de peculio non datur, *l.* 1. §. *si filiusfam.* 7. *de his qui dejec. l. ex pœnalibus*, 58. *de reg. jur.* Cui non obstat quod filio ex pœnali causa convento, & in certam summam condemnato, pater tenetur actione judicati de peculio. Nam hic pater non convenitur ex delicto filii, sed velut ex contractu. Quippe etiam judicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, *l. idem scribit*, 11. *de pec.* Sed nec ulla alia actione ex deli-

delicto filii parer conveniri potest; dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempe actione noxali, *infr. t. 8.* Cæterum verbo contractus & quasi contractus intelligere debemus, puta tutelam, negotia a filiof. aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem & dominum actio est, *l. ex facto, 52. de pec. l. 14. de neg. gest. l. ex contractibus, 39. de obl. & act. l. 1. C. quod cum eo.* Neque hoc novum est, ut quasi contractus absolute contractus vocetur, *l. Sed etsi, 16. de neg. gest. l. in quib. caus. pig. tacit. d. l. ex contractibus, §. 4. de obl. & act.* (7) Illud obiter notandum, esse quosdam contractus & causas, ex quibus servus & filiusfam. dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet non teneri ex his quatuor, si servus fidejusserit; si liberum se mentitus judicium susceperit; si compromiserit; si jusjurandum detulerit, *l. 3 si filiusf. 5. & §. si servus, 8. cum seq. l. 6. §. 2. de pecul.* Pater autem ex una tantum causa non tenetur, nempe si filius mutuam pecuniam acceperit; idque propter Senatusconsultum Macedonianum, quod vetuit, ex hac causa in filium aut in patrem dari. De quo pluscula suo loco in *fin. tit. seq.*

Ipso jure) Ipso jure idem hic valet, quod jure civili, uti & in §. 1. *infr. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. usufr. quemadm. cav. l. 1. §. ult. de superfic.* Hæc igitur hujus loci sententia est, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem & dominum comparatam a Prætore, quia hi non tenentur eo nomine jure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculio tenus. Potest & locus sic explicari, ut ipso jure dictum intelligamus pro mera & stricta juris ratione.

Quod veluti patrimonium) Hæc ratio non concludit, nisi factum patris & domini simul respicias, qui peculium, ejusque ceu patrimonii cujusdam administrationem filiis & servis concesserunt.

Condemnari eos) Deducto tamen, quod iis naturaliter debetur, *l. pen. C. quod cum eo, l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. de pecul.* ubi Ulpianus ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum esse; quia præveniisse dominus, & cum servo egisse videatur. Item si quid his debetur, qui sunt in ejus potestate. Actionis de peculio apud nos nullus usus est.

TEXTUS.

De actione in factum ex jurejurando.

11. *Item si quis postulante adversario juraverit, debere sibi pecuniam, quam peteret; neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.*

COMMENTARIUS.

1 *Qualis sit actio, quæ ex jurejurando datur, novane aliqua, an vetus?*
2 *In personam eam esse, quacumque ex causa juratum sit.*
3 *De quo genere jurisjurandi hic tractetur?*
4 *Quam ob causam hæc actio a Prætore introducta, cui, adversus quem, quo effectu detur?*

(1) INter actiones, quæ a Prætore proditæ in personam sunt, numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A Prætore hanc actionem introductam esse, non constitutam jure civili, apparet ex eo, quod jure civili nulli actio datur, nisi ei, cui quid debetur: nec satis est, in judicio dicere, sibi quid deberi, nisi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat; utique non proprie & vere. Cur autem Prætor hic actionem constituerit, paulo post audiemus. In personam est, utpote proficiscens ex conventione, *l. qui juravit, 26. §. ult. de jurejur.* Proinde talis etiam tunc, cum in actione in rem juratum est. Sed quoniam in universum parum liquet, qualis sit hæc actio, (nam & veterem hic actionem dari legimus, *l. si duo, 13. §. 2 & seqq. eod. l. 7. §. si potenti, 7. de publ. in rem act.* & utilem interdum, *l. sed si, 11. §. ult. l. quod si, 29. de jurejurand.* sæpe etiam & passim in factum) diligentius inquirendum est, quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio verbis has actiones distingui; cæterum re ipsa unam tantum esse, eamque ex solo jurejurando nasci, certe una hac causa & defensione niti, quia juratum est. Porro hanc eamdem modo in factum, modo utilem a Consultis, vocari, modo sub appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cum dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres: juravi enim te deferente, ea lege, ut dares, aut faceres, quod peto, *d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod.* junct. *l. 1. §. de præscr. verb.* Dicitur utilis, propterea quod cum conventio hic aperte non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis; sed datur in factum Prætoria, id est, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis, quam re: nimirum ob veterum causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Cæterum revera novæ causæ intentione nititur, quæ non aliunde nascitur, quam ex jurejurando: quapropter etiam in hoc solum consilit: cujus proprium est, ut non aliud quæratur, quam an juratum sit, omissa quæstione, an ex priore causa debeatur, *l. 5. §. 2. l. 9. §. 9. de jurej.* Et hoc est quod Paulus scribit, in *l. eum, qui 30. eod.* hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Plane juramentum præstitum non impedit, quominus adhuc vetus actio intentari possit, *d. l. eum qui, 30.* sed nemo, qui sapit, necessitati probandi ultro se subjicit. Oldend. *class. 1. act. in affin. rem.* Dom. *c. 8. ad tit. de jurej.* Proficiscitur hæc actio ex conventione, *l. sed & si, 25. & l. seq. in fin. eod.* cui consequens est, in personam eam esse, non in rem, etiam tunc cum quis in actione in rem juravit, rem quam petebat, suam esse. Nam cur hic quoque non sit actio in personam cum sit pariter ex jurejurando, id est, ex conventione, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Neque obstat, quod petitor, qui deferente possessore juravit rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit, rem suam esse, ut juravit, quæ intentio est actionis in rem. (2) Nihilominus enim in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter jusjurandum: ideoque & hic actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, *l. 11. §. 1. eod.* Denique illud constat, non dari eam adversus quoscumque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum dumtaxat, qui jusjurandum detulit, eosve, qui in locum ejus successerunt, *l. 9. §. ult. & l. seq. eod.* & ideo quamvis alii hic utilem in rem dari censent, per *d. l. 11. §. ult.* effectu tamen juris nihil interesse fatentur, in personam, an in rem hic agi dicamus. Donellus existimat, tractari solum hoc loco de jurejurando,

quo

De partu agnoscendo) Tertia præjudicialis, in qua quæritur de jure familiæ, non utique quolibet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt species: una, quæ hic proponitur, de parte agnoscendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoscendo pro partu legitimo, & eo, qui sit ex marito: quod cum quæritur vi ipsa hoc quæritur, an partus sit filius & in potestate: altera, qua agitur in patrem & filium, in qua & ipsa idem illud quæritur, & aperte, an quis sit filius & in potestate, nec ne. De partu agnoscendo datur mulieri soluto matrimonio, contendenti partum legitimum esse, editumque ex eo, qui maritus fuit, adversus maritum partus controversiam facientem, sive quod neget uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem, *leg.* 1. §. *quemadmodum* 11. *de agn. & alendo lib.* Itaque in hac controversia intendit mulier, se & uxorem, puta Lucii Titii, fuisse, & ex eo prægnantem: petit, ut ita pronuntietur, quo & maritus partum pro suo agnoscat, & agnitum pro justo filio habere atque alere cogatur, *dict. leg.* 1. §. *penult. & ultim.* Competit autem hæc de partu actio, sive post divortium partus edatur, sive constante adhuc matrimonio editus sit, *leg.* 3. §. 1. *dict. titul.* Sed etsi edatur post mortem mariti, de agnoscendo eo cum avo agi potest, *dict. leg.* 3. §. 2. Illud hic sciendum est, permitti mulieri intra triginta dies post divortium denuntiare marito se ex illo prægnantem esse, *dict. leg.* 1. §. 1. qui si nec ipse, nec alio ejus nomine responderit, non esse ex se prægnantem, etiam sine judicio partum agnoscere, & pro suo alere cogitur: quamquam non ideo partus illi filius & suus hæres efficitur, *dict. leg.* 1. §. pæna 4. & §. *antepenult.* Quæ res facit, ut de eo judicio possit experiri, non quidem cum matre, sed cum filio. Altera ejusdem generis actio est, qua agitur inter duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat: aut contra, unus se patrem negat, alter eum esse contendit. Pater si filium suum esse dicit, qui se filium ejus esse neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius suus pronuntietur: quod præjudicium intelligit Ulpianus, *leg.* 1. §. 2. *de rei vind.* Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua petat, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoscatur: quæ actio etiam matri pro filio datur, *leg.* 3. §. 1. *de agnosc. & aliend. lib.* Sed & neganti aliquem filium suum esse aliquando actione opus est, ut id ita esse declaretur; veluti cum partus ex uxore editus est, & cum illa denuntiasset se esse prægnantem, maritus non negavit. Hic enim etsi in re dubia partus pro filio habetur, & alendus est, tamen non ideo filius efficitur & suus hæres, quod facit sententia pro partu lata, *dict. leg.* 1. §. *ult. de agnosc. & alend. lib.* sed veritati adhuc locus supereſt, & postquam vere constiterit filium non esse, cessat exinde alendi necessitas, *dict. leg.* 1. §. *Justinianus* 12. & §. *antep.* Dubium vero non est, quin hic neganti actio in eam rem danda sit, sicut ei datur, qui se negat esse patrem, ne ea quæ sunt filii, præstare cogatur. Ex his intelligi potest, longe diversam esse hanc actionem a priore illa de partu agnoscendo. Nam hic inter patrem & filium controversia est, illic inter uxorem & maritum. Illa de partu soli matri adversus maritum datur, non marito adversus matrem. Hæc tam filio adversus patrem, quam patri adversus filium. Illa datur matri solum affirmanti partum justum esse, & mariti filium, neganti non item. Hæc sic patri datur adversus filium, ut detur & affirmanti filium suum esse eum, cum quo agitur: & contra etiam neganti: atque ex contrario, filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non quæritur, an quis sit filius ex causa justi partus, sed ex quavis causa, qua quis jure civili justus filius effi-citur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliisque cognatis dari, ut quis frater vel de nobili familia pronuntietur, & consequenter nomen, arma & insignia familiæ ferre, feudaque & alias successiones spe-rare possit, cum Bart. Spec. Jas. Zas. concludit Schn. *hic num.* 34. Duo priora nobis incognita sunt, quia servos aut liberos non habemus.

Una legitimam causam habet) Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem causam continet, civilis est; legitimam, utpote quæ ex lege duodecim Tabularum haud dubie descendit, quamvis nonnulla etiam a Prætore circa hoc judicium constituta sint, ut patet ex inscriptionibus responsorum sub titul. *de lib. caus.* reliquæ ex jurisdictione Prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoscendo cauta sunt Senatusconsultis, *l.* 1. *l.* 3. §. 1. *de agnosc. lib.*

TEXTUS.

An res sua condici possit?

14. *Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere:* Si paret eum dare oportere. *Nec enim quo actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane adjicitur, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur:* Si appareat eos dare oportere, *quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.*

COMMENTARIUS.

1 *Vix esse ut nodie perperam agere dicatur, qui rem suam sibi dare petit.*

2 *Difficile expeditu esse, quomodo furi res condici possit, seu cum eo sic agi, ut intendamus, eum rem nostram nobis dare debere.*

3 *Condictionem furtivam etiam in commodum domini introductam: & in quo istud commodum consistat?*

COnfirmata divisione actionum in rem & in personam, aliquid subjicit, quod ad vim divisionis pertinet; certe olim pertinuit, cum adhuc formulæ in usu essent. Dicimus actione in rem sic quemque experiri, ut dicat, rem, quæ ad alio possidetur, suam esse; actione in personam ita, ut dicat, adversarium dare aut facere oportere, §. 1. *sup. eod.* Quamquam quædam actiones personales sunt, quibus hæc formula proprie non conveniat, seu in quibus proprie nec dari, nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppositione infert, non posse eum, qui rem suam ab aliquo petit hac intentione uti, *Ajo, te mihi dare oportere*; propterea quod verbum *dare*, cujus alias latior significatio est, in hac formula significet, dominium transferre: & dari demum id intelligatur, quod ita datur, ut ejus, cui datur, fiat, quod autem alicujus est, id amplius ejus

ejus fieri non posse, §. *Sed si rem*, 10. *sup. de legat.* quo etiam pertinet, quod alibi traditur, licet ex pluribus causis idem nobis debere possit; tamen ex pluribus causis idem non posse nostrum esse, *l.* 14. §. 2. *de exc. rei jud. l. non ut*, 159. *de reg. jur.* Sic item in stipulationibus verbum dandi stricte accipitur, *l. ubi autem*, 75. §. *ult. de verb. oblig.* indeque est, quod nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *leg. nemo* 82. *d. tit.* §. 2. *sup. de inut. stip.* Cæterum hodie vix est, ut perperam agere dici possit, qui rem suam sibi dari petit, postquam formulis sublatis visum est sufficere, actionem, modo aptam rei, & negotio congruentem, verbis quibusvis commodis & id, quod intenditur, ut cumque exprimentibus, concipere, *l.* 1. & 2. *C. de form. & imp. subl.* maxime cum apud omnes auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Et bene observavit D. Hotom. id quod hic Justinianus tradit, ita in actione in rem formulam judicii concip non posse: *Si paret, Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ adhuc in usu fuerunt, utpote descriptum ex commentariis veteris alicujus Jurisconsulti: add. Præsid. Everhard. *conf.* 48. *n.* 6. Greg. Tolosan 43. *syntagm. c.* 2. D. Tulden. *Cod. de form. & impetr. n.* 2. Christin. *vol* 4. *decis.* 146. Merul. *lib.* 4. *disis* 4. *sect.* 1. *t.* 1. *c.* 2. ubi tradit, libellos sive conclusiones nunc formari secundum morem & stylum cujusque curiæ aut fori, ubi lis est; secus conceptas ab auditoribus explodi, & a judice rejici solere. Formulæ conclusionum apud nos usitatæ in manibus omnium versantur, bonamque earum partem congessit D. Merula, *d. tit. c.* 2. Plures auctor libri cui titulus *Het gieu verbeteride ende vermeerder de Papegay.*

Plane odio furum) Exceptionis superioris regula. Una in causa receptum est contra superiorem definitionem, ut quis rem suam ab aliquo petens hac formula judiciis experiri possit, *si paret, eum dare oportere*; nempe in re furtiva adversus furem, *l.* 1. *& passim de cond. furt.* Ulpian. *l. fin. inutl. usufr. qu. cav.* breviter regulam cum exceptione sic expressit: *nemo rem suam, nisi furi, condicere potest*. Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet hic Justinianus, nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus tenerentur. Illud autem vix est, ut expediri queat, quomodo furi res condici potest, id est, sic cum fure agi, ut intendamus, eum, quod nostrum est, stare nobis oportere? Utique eo sensu, quo verbum dare in formula proposita accipitur, nempe pro dominium transferre: fieri enim non magis hic potest, ut quod meum est, mihi detur & amplius meum fiat, aut ut dare vel dominium transferre possit, qui dominium non habet, qvam si res condicatur alii & ex alia causa. Quomodo igitur fur, qui dominus non est, domino cui soli condictionem furtivam competere constat, *l. de cond. furt.* rem dare poterit? Quod si hoc impossibile est, absurdissimum videtur, quod hic traditur, furem sic conveniri posse, ut dare jubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre in actorem, eumdemque rei petitæ dominum. Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus, in cæteris condictionibus verbum dandi proprie & stricte acceptum, eoque intellectam tantum dominii translationem; in condictione autem furtiva idem verbum laxius & improprie sumptum, ut ex vi ipsa significaretur rei restitutio: quod & Glos. hic innuit, & facit *lex scire* 29. §. 1. *de verbor. obligation.* Cæteroquin non video quæ ratio dari possit, cur ex causa furtiva placeat eum recte agere, qui rem suam sibi dari intendit: ex cæteris autem causis ita perperam agi. Plane furi non tantum ex causa furtiva, sed & ex aliis quoque causis res condici potest; quod Interpretes vulgo sic exprimunt, ut dicant, condictiones omnes contra furem degenerare, facit *lex ult. in fin. usufr. qu. cav. leg. si urbana*, 55. *in fin. de condit. indebit.* junct. *leg.* 15. §. 1. *eod. leg. si procuratori*, 14. *in fin. de condit. caus. dat. leg.* 6. §. *penult. leg. rerum*, 25. *de act. rer. amot.* Gomel. *hic num.* 28. post Accurs. Joann. Fab. Angel. Jas. In eadem causa cum furibus sunt & raptores cæterique violenti possessores; nam & ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, fundus condici a domino potest, *l.* 1. *in fin. cum l. seq. de cond. trit. &* 16. Donell.

Quo magis pluribus actionibus) In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum est plures habere actiones, ita incommodum reo pluribus actionibus conveniri posse, maxime si quarumdam vi & potestate fortius & efficacius teneatur. Itaque etsi adversus furem præter actionem furti pœnalem esset & in rem actio, per quam dominus rem sibi surreptam a possidente vindicare poterat intendendo rem suam esse: placuit tamen adhuc aliam eamque commodiorem ac pleniorem adversus furem ejusque hæredem domino dari, qua quidem & ipse rem persequeretur, sed eam condicendo, id est, intendendo eam sibi dari oportere; quæ actio veteribus dicta est condictio furtiva, §. *ultim. sup. de obligation. quæ ex del. leg.* 1. & *tot. tit. de cond. furt.* Commodum condictioni duplex. Primum in eo, quod etsi tam condictio hæc, quam rei vindicatio soli domino datur, tamen hoc interest, quod in vindicatione is, qui agit, probare debet se dominum esse; in condictione satis est, si se dominum esse dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat quæstionem dominii. Sed & absurdum esset, ab eo, qui intendit, rem sibi dari oportere, quod facit, qui condictione experitur, probationem dominii exigere. Quod autem soli domino condictio dari dicitur, id non alio pertinet, quam ut excludantur ii, quibus furti actio competit ob hoc solum, quod eorum interest, furtum factum non esse: in quo numero sunt commodatarius, conductor, creditor pignoratitius, §. *furti*, 13. *cum seq. sup. de obj. quæ ex del.* Alterum positum in re quod rei vindicatio non nisi adversus possessorem eumve qui dolo malo possidere desiit, detur: condictio autem furtiva adversus furem competat, etiamsi non possideat, nec solo desierit possidere, §. *ultim. sup. dict. tit.* quamvis non furtum sine dolo non committitur, potest tamen possessio rei furtivæ sine dolo, immo & sine culpa furis, amitti. Hinc porro est, quod condictio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, *l.* 8. *l. ult. de condict. furt. l.* 2. *Cod. eod.* & ibi post Bart. Baldum, Salicetum, Don. *num.* 19. Tulden. *ad tit. Cod. n.* 4. Christin. *vol.* 3. *decis.* 12. *num.* 2. Nimirum ut ajunt Jurisconsulti in *dict. leg.* 8. §. 1. *dict. leg. ult. de cond. furt.* fur perpetuo moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis est, ut obligationem perpetuet, id est, efficiat, ut debitor perinde perpetuo teneatur, atque si res adhuc extaret, *l.* 5. *de reb. cred. leg. si servum*, 91. §. *sequitur*, 3. *de verb. oblig.* Idem vero effectus moræ non est adversus possessorem, sed qui rem sine dolo possidere desiit, ut maxime ei possit objici causa, quod monitus aliquando rem non restituerit, vindicatione non tenetur, *l. qui petitorio*, 36. *de rei vindic.* Plane mora judiciali

etiam

etiam in vindicatione possessori nocet; puta si res possessa post litem contestatam periit, sed ita si petitor rem acceptam distracturus fuerit, *l. item, si* 15. §. *ult. dict. tit.* alioqui placet etiam eum, qui post litem contestatam possessionem sine dolo aut culpa amisit, absolvendum esse, *l. sin autem*, 27. §. 1. *eod.* Vide quæ nos *supr. ad* §. 2. *hujus tit.* Porro ex prædictis apparet, condictionem furtivam non magis in odium furis, quam in favorem domini introductam esse.

TEXTUS.

De nominibus actionum.

15. *Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones: condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc in tempore eo nomine denuntiatio fit.*

NOTÆ.

15. *Condictiones*) Quædam tamen actiones in personam hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *leg.* 36. *hoc tit.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, triticiaria, ex lege, &c.

Condicere est denunciare) Donat. *ad Phorm. action.* 1. *scen.* 2. Festus, *Condictio in diem certum est jus rei, de qua agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, seu utriusque litigantium. Condicere enim est simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Vindicare quid? lis vindiciarum, vindiciæ, & alia.*
2 *Quid veteribus sit condicere, & cur inde actio in personam dicta condictio?*
3 *Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie.*

HActenus in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum, ut si quando nomina in libris juris occurrent, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significetur, ad quas deinde jus de singulis ante traditum accommodemus. *Appellamus*, inquit, *in rem actiones vindicationes, in personam vero condictiones.* Eadem sententia Ulpianus in *leg. actionum* 25. *de obligat. & act. Actionum*, inquit, *duo genera sunt, in rem, quæ dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur.* Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio, qua rem dominii nostri petimus, vindicatio dicitur; sed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti usumfructum, servitutes, pignora, persequimur, *l.* 1. *& passim si usufr. pet. & tit. si serv. vind. l. ult. de pign. act. l. si fundus* 14. §. *in vindicatione* 3. *de pign.* E contra omnis in personam actio condictio dicitur, quamquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. cossat.* 36. *de oblig. & act.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege, &c.

Vindicationes) De origine hujus nominis non constat. Probabile quidem multis videtur, quod Hotom. existimat, *vindico* verbum esse compositum a vim dico, quemadmodum *judico*, auctore Varone *lib.* 4. *de ling. lat.* concertum ex jus & dico: nam olim in vindicationibus manus conferi & vim quamdam adhiberi solitam, quam Cicero in *orat. pro Cæcin.* quotidianam, A. Gell. *lib.* 20. *noct.* 10. festucariam appellat; quia festuca fieri solebat. Cæterum non sine causa de eo ambigitur, pro vindictæ verbum, quo etiam ultio significatur, & maxime quia non vim dicere, sed vim facere dicimur. (1) Sed non est, quod de ratione nominis laboremus, cum de significatione constet. Vindicare enim rem aliquam nihil aliud est, quam aliquid sibi asserere, & suum esse dicere, sive id dominium sit, aut aliud jus, sive possessio, quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cum olim mutuæ essent vindicationes, vid. *sup.* §. 1. *sub. fin.* necessario eveniebat, ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur, ac proinde priusquam judicium perageretur, & principalis quæstio de proprietate terminaretur, sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur lis *vindiciarum*, & uno verbo *vindiciæ* a vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Fest. in voce *vindiciæ*, ubi Festus ait, Servium dixisse, *vindiciam esse, cum de aliqua re controversia est, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus: & quidem ex duodecim Tabulis in re atque loco præsenti apud Prætorem: postea autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata, in qua Gellius 20. *noct.* 10. scribit litigantes tamquam in toto agro vindicare solitos fuisse. Hinc vero apparet, litem vindiciarum non pertinuisse tantummodo ad quæstionem de momentanea possessione, quam nunc vulgo recredentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Rudæus & Hotomannus; sed eo verbo vereres significasse controversiam de toto negotio, seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconii in *orat.* 3. *Verrin.* c. 45. quem ideo adscripsi. *Lis vindiciarum est*, inquit ibi Asconius, *cum litigatur de ea re apud Prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satis dat pro præda litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium est. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ aut æstimationis, quam amittat: nisi sua sit hæreditas de quo contendit.* Putaverunt, verbo vindiciæ significari ipsam possessionem. Quod ego, uti a verbi proprietate nimis alienum est, ita falsum esse arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *postulare vindicias, dare vindicias*, hoc probant. Nam postulare vindicias ille dicitur, qui petit, ut secundum se vindiciæ dicantur; dare, qui in lite vindiciarum secundum aut contra aliquem pronuntiat; quemadmodum litem dare secundum aut contra aliquem dicimus, pro secundum aut contra aliquem judicare. Denique dicere possessionem non dicitur, sed bene, dicere vindicias, locutione scilicet figurata, pro dicere sententiam in lite vindiciarum. Sane veteres etiam res ipsas, de quibus controversia erat, & glebas quoque, quæ ex agro sumptæ in jus afferebantur, nonnunquam vindicias appellant, sed per metonymiam subjecti. Nam in re controversa fiebant vindiciæ; & in glebis tamquam in agro vindicabatur, ut ex Gellio jam audi-

xudivimus: qui hoc ipso simul nos docet quid proprie sit vindicare, nimirum rem aliquam sibi asserere & suam esse dicere. Hodie constat, vindicationes dici actiones in rem de proprietate, omnique jure, quod quis in re habet: de quibus jam antea explicatum est.

(2) *Condicere est denuntiare.*) Quod Justinianus hic ait, condicere prisca lingua esse denuntiare, id etiam Festus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, *est dicendo denuntiare & condictio est ejus rei, quæ agitur, denuntiatio.* Donat. in illud *Phorm. act. 1. scen. 2. & tibi scribam dicam: a denuntiatione*, inquit, *in personam: ne diceret, non mihi denuntiasti.* Theophilus tradit, priscis temporibus moris fuisse, ut is, qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad judicium accipiendum & litem persequendam adesset. Sed ex his nondum intelligitur, quid veteribus sit condicere, multoque minus quam rationem habeat, quod inde actio in personam dicta sit condictio. Itaque sciendum est verbo condicere non significari unius actoris denuntiationem, sed denuntiationem mutuam & utriusque litigantium. Nam condicere valet simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur, ut Festus quoque hoc verbum interpretatur: & hic idem verbum translatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter alios dicuntur, statuunturque ut fiant: ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui ut adsit: & vice versa denuntiare & promittere te adfuturum. Cicer. *ad Lentul. Gam. 1. Epist. 9. Crassus, cum mihi condixisset cœnam, cœnavit apud me in mei generi Crassipedii hortis.* Sueton. in *Tib. c. 42. Sexto Claudio libidinoso ac prodigo seni cœnam ea lege condixit, ne quid ex consuetudine immutaret aut demeret.* Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adversario suo denuntiaret, ut in jus veniret, qui aut ire, aut sponsorem dare compellebatur, fore ut constituto die se judicio sisteret: quæ res vadatio dicebatur, & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde a Prætore judicio, diem committendi judicii simul dicebant, id est, communi consensu constituebant invicem denuntiando, actor denuntiando reo, quo die vellet eum in judicium venire; reus denuntiando actori se eo die adfuturum: idque uno verbo dicebant diem condicere, & hinc condictio, mutua illa denuntiatio. Quia vero ad hanc rem fere tertium sive perendinum diem sumere solebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo planius exponit Asconio, qui *Verrina 3. c. 9. 40.* scribit: *Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Nam cum in rem aliquam agerent litigatores, & pœna se Sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post tertium diem; quo dato, deinde inter se in perendinum, diem, ut ad judicium venirent, renuntiabant.* At enim cum hæc sive condictio, sive denuntiatio, sive comperendinatio omnibus in judiciis fieri soleret, sive in rem, sive in personam ageretur, quæ causa est, quod sola actio in personam nomine condictionis designata sit. Credibile omnino est, cum ex duabus istis actionum speciebus una certum & proprium nomen inveniisset, alteram, quia proprio carebat, nomine generis appellatam more loquendi communi, & juris auctoribus maxime usitato. Itaque cum actio in rem speciale & proprium haberet nomen vindiciarum sive vindicationis; actioni in personam nomen utriusque judicii commune relictum fuisse. Prolixius hæc exequitur D. Hotomannus. VINN. Semper existimavi, hanc rationem non sufficere. Ea potius repetenda videtur a vetere more litigandi. In judiciis realibus vis quædam imaginaria vel manus injectio observabatur: unde illa dicebantur VINDICATIONES. Contra in personalibus nulla vis imaginaria, nulla manus consertio, sed tantum verbis inter se agebant, & sponsionibus se provocabant litigantes. Unde actionibus his CONDICTIONUM nomen datum, quia sibi invicem condicebant, id est, promittebant per sponsionem, ex. grat. Actor eum provocabat. *Spondesne centum, si dare facere debebis?* respondebat reus: *spondeo*, simul actionem provocabat; *Tu vero spondes centum, si dare facere debeo?* Respondebat Actor: *spondeo.* Hoc vero & proprie erat *condicere*, id est promittere. Observabantur quidem tales sponsiones etiam in judiciis in re: sed cum ibi vis imaginaria actus esset notatu dignissimus, maluerunt ab illo nomen his imponere *condictionis* vocabulo judiciis personalibus relicto. HEIN.

Nunc vero abusive dicimus condictionem) Recte *abusive*; quia non est in re, quod verbo significatur. Abusus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in personam ejusmodi condictionem habuit, a quo proficisceretur. Re sublata mansit nomen, quod initio actioni fuerat; quemadmodum & in aliis plerisque rebus priscis adhuc appellationibus utimur a quantumvis usu rei exoleto.

Nulla hoc tempore denuntiatio) Justiniani ætate vetus illa condictio & solemnis illa ad judicium denunciatio obsoleverat. Sustulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodosius, quorum constitutio extat in *leg. si quis, 6. Theod. de denut. vel edict. rescript.* Novella autem Justiniani lege certum tempus hanc in rem constitutum: oblato enim libello citatorio viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut secum interim deliberet, cedere an contendere malit, *auth. offeratur C. de lit. contest.* Nos hoc jure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad liberandum concedat, prout res, persona vocati, locus, cæteræque circumstantiæ desiderare videntur. D. Nercul. *lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 14.* Gail. 1. *obs. 74. n. 16. & seqq.* Gudel in. *lib. 4. de jur. nov. c. 5.*

TEXTUS.

Divisio secunda.

16. *Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid hic vocetur rei persecutio, quid pœna: & usus hujus divisionis.*

PRoponitur hic alia actionum divisio sumpta ab objecto, quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Divisio hæc est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ quam rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque contineant, sequentibus aliquot §§. exponit Justinian. Illud non exponit, quid hic vocetur rei persecutio, quid pœnæ, cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maxime facit.

facit. Sed quod hîc omissum est, docebit nos definitio rei persecutoriæ a Paulo tradita *leg. in honorariis, 35. de obl. & action.* Illic enim sic Jurisconsultus scribit: *Illæ* (actiones) *rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.* Opponit Jurisconsultus persecutionem ejus quod ex patrimonio nobis abest, persecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ persecutionem habere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Et patrimonio nobis abesse dicuntur hæc quatuor: quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur: quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu: quodque ejus, quod nobis abest, æstimationem continet, qualis est æstimatio, quæ fit ex jurejurando in litem, *leg. 1. l. 8. de in lit. jur.* item pœna conventione promissa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus, quod interest, *§. ult. de verb. oblig. l. ult. de præt. stip.* Quare quæcumque sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias: quod ipsum etiam species subjectæ declarant. Et rursus ex contrario, quæ alicujus rei ex superioribus persecutionem non habent, eas dicemus esse pœnales. In summa, rei nomine hoc loco continetur, quicquid est extra pœnam legitimam; pœnæ nomine ea duntaxat, quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Usus divisionis propositæ præcipuus & hujus loci proprius est, ut intelligamus, quid quaque actione peti oporteat. Est vero & secundarius, ut dignoscatur, quæ actiones sint perpetuæ, quæ temporales, quæ in hæredes dentur, de quo infra *sub tit. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

De rei persecutoriis.

17. *Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum verum actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam, petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem Prætor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum hærede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.*

NOTÆ.

17. *Quæ ex contractu nascuntur*) Illæ omnes rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, *dict. leg. 35. hoc titul.* Ex patrimonio nobis abesse dicitur: 1. quod est in patrimonio, sed ab alio tenetur. 2. quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum. 3. quod nobis debetur ex contractu. 4. Quod ejus, quod nobis abest, æstimationem continet: quo etiam refero pœnam conventione promissam, *§. ultim. supr. de verb. oblig.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones in rem omnes rei persecutoriæ.*

2 *An personalium ex contractu aliæ mixtæ, quam illa ex depositi miserabilis?*

3 *Cur hæc excepta: & cur in hæredem tantum ex proprio dolo detur?*

(1) *Omnes in rem*) Actiones in rem omnes comparatæ sunt rei persequendæ gratia; quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram, aut ad jus nostrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. Non obstat, quod in his actionibus ob contumaciam non restituentis in litem jurari solet, *l. qui restituere, 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur.* & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cum actori permittatur rem æstimare etiam ultra rei pretium, *l. 1. l. 8. d. tit.* Nam hæc ipsa pœna nihil aliud est, quam æstimatio ejus, quod actori abest; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti sit: sed tamen quam actor dicit rei suæ, quem æquum non est cogi suo pretio rem suam æstimare, *d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rer. amot.* Atque ut hæc æstimatio reo pœna sit, tamen ea non petitur actione, sed ex officio judicis, quod actioni subservit, ex accidenti imponitur; actor autem nihil amplius quam rem suam petit; & illa quoque ipsa æstimatio actori est rei suæ persecutio, utpote qui ultra id quod ei abest, nihil consequitur, si spectamus pretium, quo rem suam æstimat: quod sane æquissimum est, arbitrio domini definiri, *dict. leg. 8. de in litt. jur.* Ita ferme & DD. vulgo.

(2) *Quæ ex contractu fere omnes rei persequendæ*) Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoriæ sunt: quoniam & his nihil aliud persequimur, quam quod nobis abest. Particulam autem *fere* addidit propter actionem depositi miserabilis, quam & ipse mox excipit, & mixtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, *§. ut autem, 19. infr. eod.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, *leg. redhibitoria, 45. de ædil. edict.* sed perperam, meo judicio: nam duplum ex actione non tam ut pœna petitur, quam quod in venditione mancipiorum & animalium duplum a venditore repromitti solet, fac. *leg. cum autem, 23. §. si servus, 4. dict. tit.* Sic actio, qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, sed rei persequendæ causa instituitur: quia ex stipulatione duplæ competit, *t. 2. & pass. de edict. leg. quod si nolis, 31. §. qui assidua, 20. de ædil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.) In eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve hæredem fraudulentum, actio in duplum a Prætore redditur, *leg. 1. §. 1. depos.* (3) Merito has causas deponendi a cæteris segregavit Prætor; primum quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit; in his autem trepidatio nullum tempus ad liberandum concedit: deinde quia aliis in casibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras: hæc vero singularis est, & majore odio digna, quod ubi misericordia opus est, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *dict. l. 1. §. 2. & seqq. depos. leg. 1. & passim de incend. ruin. naufrag.* Diximus autem, in eum, qui inficiatus erit: quoniam hæc in duplum actio, non nisi adversus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confitentem tantum in

simplum actio est, *dict. lege* 1. §. *hæc autem, a. depos.* §. *sed furti*, 28. *infr. hoc tit.*

Aut cum hærede ejus de dolo ipsius) De dolo ipsius, hæredis scilicet. Hac enim adjectione Justinianus significare voluit, actionem depositi miserabilis tum demum in hæredem in duplum dari, cum ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam si cum eo agatur ob dolum defuncti, nam tunc in hæredem in simplum duntaxat hoc judicium datur, *dict. leg.* 1. §. 1. *leg.* 18. *depos.* Non obstat quod passim traditur, actiones ex contractibus venientes in hæredes in solidum dari, licet ob dolum eorum, quibus successerunt, conveniatur, *leg.* 12. *leg. ex contractibus*, 49. *de oblig. & act. leg. adea*, 157. §. *ultim. de reg. jur. cum simil.* Nam illa definitio ad actiones pœnales non pertinet, sed ad eas tantum, quæ sunt rei persecutoriæ: & aliud est dari in solidum, aliud dari in duplum.

TEXTUS.

De pœnæ persecutoriis.

18. *Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt: aliæ tam pœnæ quam res persequendæ; & ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur, quadrupli: sive non manifesti, dupli; de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse tam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.*

De mixtis, hoc est, rei & pœnæ persecutoriis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta est: non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit; tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint, usque adeo ut etiam in judicium revocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna; & ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

NOTÆ.

19. *Alia tantum pœnæ persequendæ*) Paul. *l.* 35. *hoc tit.* persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest, opponit persecutionem pœnæ. Itaque illæ actiones pœnæ persecutionem habent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest, uno verbo, quibus persequimur pœnam legitimam.

19. *Si adversus inficientem*) Actio damni injuria ex lege Aquilia inficiatione crescit in duplum, §. *ultim. supr. de obl. quæ quasi ex contr.*

COMMENTARIUS.

1 *Pro mere pœnalibus esse & certæ quantitatis pœnæ persecutorias.*

2 *Quæ quibus exceptis mixtæ?*

3 *Pro pœnalibus quæ habeantur, cum a parte actoris pœnales non sint?*

EX maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habent: sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei; quæ proinde mixtæ sunt. Duæ tantum excipiendæ, condictio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionem continet, *leg.* 7. §. 2. & 2. *de cond. furt. leg. si mulier*, 21. §. *pen. de act. rer. amot.*

Pœnam tantum actione furti) Actio furti sive manifesti sive nec manifesti solam pœnam persequitur, §. *ult. supr. de oblig. quæ ex del. dict. leg.* 7. §. 1. *de cond. furt.* Ejusdem generis est & actio injuriarum, quippe qua nihil, quod nobis abest, persequimur, sed tantum vindictam criminis, *leg.* 7. §. 1. *de injur.* (1) Pro pure pœnalibus habendæ etiam sunt actio de albo corrupto, *leg.* 7. *de jurisd.* §. *pœnalis*, 12. *supr. hoc tit.* actio de parente aut patrono sine venia in jus vocato, *dict.* §. 12. *leg. penult. & ult. de in jus voc.* item actio de suspenso & posito, §. 1. *tit. præced. leg.* 5. §. *Prætor*, 3. *de his qui dejec.* denique omnes illæ, quibus non persequimur duplum, triplum, aut quadruplum, sed certam pœnæ summam edicto simpliciter impositam, sine consideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

Ipsam rem propria actione persequitur quis) Eam vel vindicando a quocumque possessore, vel condicendo furi ejusve hæredi, §. *ult. supr. de obl. quæ ex dol.* ubi hoc latius explicatum est.

Vi bonorum raptorum actio mixta) In actione vi bonorum raptorum quadruplum non est totum pœna, ut in actione furti manifesti, sed in quadruplo continetur, & rei persecutio, ut pœna tantum sit tripli, *supr. vi bon. rapt. in princip.* ac proinde mixta est hæc actio.

Legis Aquiliæ actio) Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam causam obtinet, sed partim rem, partim pœnam persequitur, sive adversus confitentem agatur in simplum, quo casu res æstimatur quanti plurimi eo anno aut diebus 40. proximis fuerit, §. *his autem*, 9. & 14. *supr. de leg. Aquil.* sive adversus inficiantem, quo casu lis crescit & in duplum actio redditur, *leg. inde Neratius*, 12. §. *penult. ad leg. Aquil.* §. *ult. supr. de oblig. quæ quasi ex contract.* (2) Sed & cæteræ quoque actiones ex maleficiis præter fures & injuriarum, certæque quantitati pœnæ persecutorias, quæ meræ pœnales sunt, & conditionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ sunt rei persecutoriæ, omnes sunt mixtæ, id est, rei simul & pœnæ persequendæ causa comparatæ. Veluti actio servi corrupti, *leg.* 14. §. *in hac actione*, 4. *de serv. corrupt.* quod metus causa, *leg. item si*, 14. §. *sed. & si*, 9. & 2. *seqq. quod met. caus.* de calumnia, *leg.* §. 1. *de calum.* tripli & quadrupli ob majores sportulas exactas, §. 24. & *seq. inf.* &c. denique & illæ, quæ quasi ex maleficio nascuntur, similiter mixtæ fere sunt, ut intelligi potest ex his, quæ de hoc genere tradita sunt *supr. de obligat. quæ quasi ex delict.* Illud sciendum est, quasdam esse actiones, quæ pro pœnalibus habeantur, & ideo in hæredes non dentur, licet a parte actoris pœnales non sint. Nam quoties actio factum punit, & in dolum tantum concepta est, pœnalis habetur, eoque nec adversus hæredes datur, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid absit, atque ita rei persecutionem contineat,

leg. 9.

leg. 9. §. quod fals. tit. de quo diligentius disseruimus *infr. de perp. & temp. action. §. 1.*

Relicta sacrosanctis Ecclesiis) Ex quasi contractu actiones omnes rei persecutionem habent, utpote quarum nulla ultra id quod abest, persequimur, ut licet intelligere ex generibus harum actionum, quæ exponuntur *sup. de oblig. quæ quasi ex contract.* Una actio ex hoc genere hic excipitur, neque actio ejus legati & fideicommissi nomine, quod relictum est Ecclesiæ aut aliis venerabilibus locis, puta nosocomiis, xenodochiis, orphanotrophiis, &c. *tit. C. de Episc. & Cler.* Hæc actio duobus casibus mixta est, & constituta in duplum, si reus inficiatus erit, si tamdiu solvere distulerit, dum in jus vocaretur, §. *sed furti 26. infr.* Scholiast. Theoph. *ἀ μόνον ἐξ ἀρτίσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑπερθέσεως, πρόσπλωσις εἰσάγεται, τῶν εἰλήφει βιβ. α. τῶ κωδ. π. γ. διατ. μι.* hoc est, *leg. 45. C. hoc tit.* in editione Gothofr. & Pacii est *leg. 46.*

TEXTUS.

De mixtis, id est, tam in rem, quam in personam.

20. *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hæreditate. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, quia inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

NOEÆ.

20. *Quæ competit coheredibus*) Tres hæ actiones familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege duodecim tabularum descendunt, *leg. 1. famil. erciscund. leg. ultim. fin. reg.* quæ ideo constitutæ ut communio, cujus materia discordias excitare solet, (*leg. 77. §. 20. de leg. 2.*) tollatur Pac.

Qui confines agros habent) Ut fines regantur. Regi fines dicuntur, quoties unusquisque ager propriis finibus terminatur.

In quibus tribus judiciis) Quid judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *infr. §. 4. & 2. seqq. de off. jud.*

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu & quam ob causam actiones hic propositæ dicantur mixtæ?*
2 *Judicium familiæ erciscundæ inter quos reddatur, & quid contineat?*
3 *Inter quos quid de re agatur, communi dividundo?*
4 *Inter quos, finium regundorum, & hujus rei gratia?*

PEr occasionem, quod proxime dixerat de actionibus mixtis, subjicit tres alias actiones, quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum: sed quæ longe diversi sunt generis, longeque aliam ob causam mixtæ dicuntur, quam dicuntur illæ, quæ tertium membrum superioris divisionis constituunt: non enim ideo has actiones mixtam causam habere dicit, quod, ut superiores illæ, conjunctim rei & pœnæ persecutionem contineant, cum omnes rei tantum persequendæ gratia comparatæ sunt; sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam. (1) Ex quo simul illud intelligimus, hæc eadem judicia alio quoque sensu hic mixta vocari, quam quo mixta appellantur in *leg. actionis, 37. §. 1. de oblig. & action.* & alibi duplicia *leg. 2. §. 1. comm. div.* nimirum quo in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet & rei, *leg. in tribus, 13. de jud. leg. judicium, 10. fin. reg. l. inter coheredes, 44. §. fam. ercisc.*

Mixtam causam obtinere videntur tam in rem) In rem esse videntur, quia in his quisque de re sua agit adinstar ejus, qui vindicat. In personam ideo: quia datur adversus eum, qui propter communionem aut terminorum confusionem nobis obligatus est. Notandum autem, quod non simpliciter ait, has actiones mixtam causam obtinere tam in rem quam in personam; sed obtinere videri: nimirum, quia id præ se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino: quippe quæ tales origine & essentia sua, quamvis fine & affectu nihil cum actionibus in rem commune habent, *leg. 1. fin. reg. leg. 1. §. 1. Cod. de ann. exc.* quod fusius a me expositum, *supr. §. 1. hoc tit.* VINN. Sed tu vide quoque sis quæ ibi adnotavimus. HEIN.

(2) *Quæ competit coheredibus de dividenda hæreditate*) Judicium familiæ erciscundæ est, quod inter coheredes redditur de dividenda hæreditate, hoc est, quo hæres agit adversus coheredes suos, ut res hæreditariæ, prius indivisæ, dividantur, & a communione discedatur, *leg. 1. famil. erciscund.* Estque hæc princeps hujus judicii causa: sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continet, quibus hæres hæredi propter communionem rerum est obnoxius, *leg. item Labeo, 22. §. penult. dict. tit.* Ubi Ulpianus ait, judicium familiæ erciscundæ ex duobus constare, id est, ex rebus, atque præstationibus, quæ sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quæ in hac divisione adjudicatio, & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo hujus §. declaratur in §. in *familiæ, 4. infr. de offic. judic.* Præstationes personales inducuntur aut lucri aut damni aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut si quid ad unum ex hæredibus communicet, *leg. inter, 44. §. 2. & 3. fam. ercisc. leg. 3. Cod. eod. d. §. 4. infr. de off. jud.* Damni, ut si quid damni in rebus hæreditariis datum factumve est culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujusque sarciat, *leg. hæredes, 25. §. non tantum, 16. & §. item culpæ, 18. fam. ercisc. cujus exempl. in leg. & puto, 16. §. penult. l. inter, 44. §. quod ex facto, 5. eod.* Impensarum, ut si quæ ab uno hærede in res hæreditarias factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei a cæteris pro rata refundatur, *leg. his consequenter, 18. §. sumptum, 3. eod.* Eodem referimus, si unus pecuniam a defuncto sub pœna aut pignoribus debitam solverit, *dict. leg. hæredes, 25. §. idem juris, 13. & seq.* indicantur hæc genera in commune, *leg. quibus casibus, 34. pro soc.* in judicio communi dividundo, *leg. 3. comm. div.*

(3) *Communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur*) Communi dividundo judicium est, quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra causam hæreditatis communes sunt: neque enim interest, communes sint ex societate, an sine societate, *l. 1. & 2. comm. divid.*

Finis hujus judicii item duplex; unus ut recedatur ab harum rerum communione, alter ut utrinque præstetur, quod ad alterum alteri præstari oportet, lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc judicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, *leg. 3. comm. divid.* In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. *eadem*, 5. *infe. de offic. jud.* quippe semota hæreditatis divisione cætera sunt utique judicio com. altero communia, *leg. 6. §. cætera*, 23. *comm. div.*

(4) *Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent*) Finium regundorum judicium est, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id est, ad suam normam & certitudinem redigantur: & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id confini restituatur, *leg. 4. princ. l. 8. in princ. & §. in fin. reg.* Sed & si fines commode dirigi non possunt vel propter veterum limitum incertitudinem; permittitur judici aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi, & alterius agri domino adjici, ideo res transigitur adjudicatione & condemnatione, *leg. 2. §. 1. l. 3. & l. 4. eod. tit. §. penult. infr. de offic. jud.*

Ex bono & æquo adjudicare) Quid judicem hic in nuoquoque horum judiciorum sequi oporteat explicatur plenius *infr. de offic. jud. §. si familiæ*, 4. & 2. *seq. d. offic. judic.*

TEXTUS.

Divisio tertia.

21. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.*

COMMENTARIUS.

1 *An ulla actio plus quam quadruplum persequatur.*

TErtia hæc actionum divisio est sumpta & ipsa ab objecto, sed superiori dissimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, resne sola, an pœna tantum, an utrumque simul; hæc, quantum petere oporteat, & quousque in pœna supra id, quod nobis abest, petendo progredi liceat. Maximi autem actoris olim intererat scire, quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, §. *si quis agens*, 33. *infr. eod.* (1) Ait Justinianus, actiones omnes vel in simplum conceptas esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo nullane actione plum quam quadruplum persequi possumus? Si quis sciens lignum vitiosum aut pecus morbosum vendiderit, respondum est, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, *leg. Julian. 13. de action. empt.* Si quis clavum a navi abstulit, ut naufragium fieret, cautum est Senatusconsulto, ut is omnium rerum nomine teneatur, *l. 3. §. ult. de inc. ruin. naufr.* Si servus hæres institutus ante aditam hæreditatem occisus sit, etiam hereditatis æstimationem fieri, traditum est in *leg. inde Neratium*, 23. *in princ. ad leg. Aquil. §. illud. 10. supr. eod.* Atqui in his omnibus litis æstimatio longe excedere potest quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus, quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo ejus, quod culpa adversarii actoris, etsi interdum longe & vel decuplo pluris estimatur, quam quanti valebat corpus in quo vel per quod damnum datum est, simplum tamen semper est respectu universi damni, quod actor sensit: & ideo quantacumque hæc sit æstimatio, non in duplum, & triplum, &c. actio concipitur, sed tantum in simplum, neque in id solum, quod actori per culpam rei abest. An in pœna conventionali quadruplum excedi possit, tractavimus supra *ad §. alteri*, 18. *de inutil. stipul.*

TEXTUS.

De actionibus in simplum.

22. *In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis causis.*

COMMENTARIUS.

IN simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutionem continent; utpote quibus unum & simplum, quod nobis abest, persequimur: Itaque & si quæ sit actio ex delicto, quæ rei persecutionem habeat, ea quoque in simplum erit, ut condictio furtiva, & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ persecutionem continent, nonnullæ sunt in simplum, veluti actio ex lege Aquilia contra causam inficiationis aut moræ, §. *vi bonorum*, 19. *supr. eod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. *leg. penuli. §. 1. eod. tit.* & si quæ sunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æstimationem rei & quod actori revera abest, præstandum. Denique & ex pœnalibus illæ in simplum sunt, in quibus certæ pecuniæ summa simpliciter lege comprehensa est sine mentione dupli, tripli, aut quadrupli, ut non ex comparatione alicujus simpli amplius quid pœnæ nomine constituatur, ut cum pœna constituitur in decem, viginti, aut quinquaginta aureos, *leg. 7. de jurisd. leg. penult. de in jus vocat. l. 5. §. ait Prætor, 6. de his qui dejec. l. penult. Cod. pers. fug.*

Veluti ex stipulatione) Quid si duplum, triplum, aut quadruplum in stipulationem deductum sit? *leg. si dictum*, 56. *de evict.* Dicendum videtur actorem id, quod sua interest, tanti æstimantem adhuc in simplum agere, & rem solam, non pœnam persequi.

TEXTUS.

In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ compelit in eum, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cæperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.*

Obli-

COMMENTARIUS.

QUinque actiones recenſet, quibus in duplum agitur, furti nec manifeſti, damni injuria ex lege Aquilia, depoſiti ex quibuſdam cauſis, ſervi corrupti, ex legato, quod venerabilibus locis relictum eſt. Non exponit, an eodem omnes modo in duplum ſint, nec ne. Quia hoc loco tantum ei propoſitum eſt oſtendere, omnes in duplum eſſe. Differentiæ indicantur aliis locis. §. *ex maleficiis*, 18. *& ſeqq. ſupr.* §. *ſed furti*, 26. *infr. eod.*

Depoſiti ex quibuſdam cauſis) Quæ comprehenſæ ſunt edicto, nempe *tumultus*, *incendii*, *ruinæ*, *naufragii*, *l.* 1. *depoſ.* §. *rei perſequendæ*, 27. *in fin ſupr. hoc tit.*

Quæ competit in eum cujus hortatu) Actio ſervi corrupti in duplum conſtituta eſt in eum, cujus hortatu, conſilio, opera ſervus quolibet modo deterior factus eſt, *leg.* 1. *cum ſeqq. de ſerv. corrupt.* Juſtinianus hoc addit, ut etiam ſolus conatus & nuda voluntas corrumpendi puniatur, *leg. ſi quis*, 20. *Cod. dict. tit.* §. *ſed etſi*, 8. *ſupr. de oblig. quæ ex del.* Venit in hoc judicium etiam earum rerum æſtimatio, quas ſecum ſervus abſtulit: duplatur enim omne damnum, *leg. in hoc*, 10. *eod.* De filia filiave familias corruptis utilis actio competit officio judicis æſtimanda, quoniam intereſt noſtra animum liberorum noſtrorum non corrumpi, *l. tantum*, 14. §. 1. *eod.*

TEXTUS.

In triplum.

24. *Tripli vero agimus, cum quidam majorem vera æſtimatione quantitatem in libello conventionis inferunt, ut ex hac cauſa viatores, id eſt, executorem litium ampliorem ſummam ſportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum cauſam damnum paſſus fuerit reus, in triplum ab actore conſequetur, ut in hoc triplo etiam ſimplum, in quo damnum paſſus eſt, connumeretur. Quid noſtra conſtitutio introduxit, quæ in noſtro Codice fulget, quam procul dubio certum eſt, lege condictitia emanare.*

COMMENTARIUS.

UNa actio in triplum hic commemoratur lege Juſtiniani conſtituta adverſus eos, qui majorem ſummam vera æſtimatione in libello conventionis inferunt dolo malo, qui viatores, id eſt, apparitores ſeu litium executores, §. *ſeq. infe. l.* 5. §. *ne tamen*, 13. *de reb. cor. qui ſub tut.* majores ſportulas conſequantur. Conſtitutio hæc Juſtiniani temporum injuria intercidit.

Libello conventionis) Libellus conventionis dicebatur id ſcriptum, quo actor petitionis ſuæ rationem & ſpeciem futuræ litis in judicio exprimebat, qui libellus poſtea ad abſentem per oratorem mittebatur.

Ampliorem ſummam ſportularum) Sportulas appellat mercedes ſive ſalaria executorum, quæ Græcis ἐπιβάσεις, ut plane conſtat ex *l. omnes*, 33. §. *executoribus*, *S. C. de Epiſc. & Cler. l. in ſacris*, 12. *C. de prox. ſacr. ſcrin. lib.* 12. *l. ult. C. de fruct. & lit. exp.* Quanta portio pro ſportulis conſtituta fuerit, incertum eſt. Illud ex hoc loco intelligimus, pro modo quantitatis petitæ ad certam ſummam & a reo exigi ſolitas. Quod de conſuetudine non amplius obſervari notum eſt. Gudelin. *lib.* 4. *cap.* 5. *in fin.* De ſportulis earumque vario uſu vid. Fr. Juret. *in not. ad Cymmach. lib.* 4. *epiſt.* 55. & Bachov. *ad hunc* §.

In triplum ab actore) Datur hæc actio reo in minorem ſummam, quam quæ petita fuit, condemnato adverſus actorem, qui plus libello comprehendit, quam ei debetur, ut viatores hac occaſione plus etiam ſportularum nomine exigerent. Triplatur autem quod ſupra conſtitutum modum ſportularum per hanc occaſionem exactum eſt, ſed ita, ut in triplo etiam illud ipſum contineatur. Pœnam hanc primus Juſtinianus in propoſita ſpecie introduxit: nam jure veteri, qui plus quovis modo petiiſſent, cauſa cadebant, id eſt, rem amittebant, §. *ſi quis*, 33. *in pr. & fin. infr. eod.*

Quam procul dubio certum eſt ex lege condictitia emanare) Locus hic procul dubio mendoſus eſt, & ſic cum Ruſſard. Cont. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant, reſtituendus: *Ex qua procul dubio cautum eſt ex lege condictitiam emanare.* Ut ſit ſenſus, hanc in triplum actionem ex conſtitutione Juſtiniani eſſe condictitiam ex lege, ſive ejuſmodi actione, quæ condictio ex lege dicitur. Nam quoties nova lege obligatio introducitur, nec cavetur, qua actione experiendum ſit, lege agitur, *l.* 1. *de cond. ex leg.* Atque hoc modo Theophilum quoque apud Juſtinianum legiſſe, ex *paraphraſi* ejus apparet.

TEXTUS.

In quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur; veluti furti manifeſti: item de eo, quod metus cauſa factum ſit: deque ea pecunia, quæ in hoc data ſit, ut is, cui datur, calumniæ cauſa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia noſtra conſtitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra noſtræ conſtitutionis normam a reis quicquam exegerint.*

NOTÆ.

25. *Calumniæ cauſa negotium*) *Leg.* 1. *l.* 3. *calumn.* Et hæc item actio mixta eſt conjunctim pœnam & rem perſequens, *l.* 5. §. 1. *d. tit.* Eſt autem negotium alicui facere calumniæ cauſa, judicio calumnioſo aliquem vexare: Quintilianus *lib.* 5. *cap.* 12.

Ex lege condictitia noſtra conſtitutio) Leg. *Ex lege condictitia ex noſtra conſtitutione oritur.* Ex lege condictitia, id eſt, condictitia actio ex lege, quomodo & Theoph. hunc locum interpretatur. Hanc actionem & ipſam mixtam eſſe apparet ex *Novell.* 124. *cap.* 3.

COMMENTARIUS.

REcenſentur hic quatuor actiones, quæ ſunt in quadruplum, furti manifeſti, quod metus cauſa, de calumnia, adverſus executores litium, qui plus conſtituto ſportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio mere pœnalis eſt: reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam ejus, quod abeſt aut intereſt, perſecutio.

De eo, quod metus causa) Quod metus causa gestum est, Prætor ratum non habet, & hoc amplius, si, quod ex ea causa abierit, arbitrio judicis non restituatur, in quadruplum judicium pollicetur, *leg. item si, 14. §. 1. quod met. caus.* Quadruplatur id omne, quod restitui oportet, sic tamen ut in hoc quadruplo & simplum insit. Quippe mixta est hæc actio, non solius pœnæ persecutoriæ, *leg. 14. §. sed & si, 9. cum §§. seqq.*

Ut calumniæ causa negotium alicui faceret) Negotium alicui facere calumniæ causa est, judicio calumnioso aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ causa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepisse dicitur, actio in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepit, competit, *leg. 1. leg. 3. de calumniat.* Et hæc item actio mixta est, conjunctim pœnam & rem persequens, *leg. 5. §. 1. dict. tit.*

Item ex lege condictitia nostra constitutio) Hujus etiam loci lectionem vitiosam esse certum est. Apud Justinianum haud dubie ita scriptum fuit; *Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur*, &c. Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quæ ex constitutione Justiniani oritur in facti specie hic proposita: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executionibus litium) Constitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli pœnam imponit: illa, cujus hic mentio, in executores directa est, qui ipsi in exigendis sportulis summam definitam dolo malo excesserunt, data actione in quadruplum, quam & ipsam mixtam esse apparet. *Novell. 124. cap. 3.* ubi Justinianus constituit, ut simplum reddatur ei, qui damnum passus est, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicumque lege vel decreto Curiæ nuptiis & apparatoribus certa summa pro sportulis constituta, si quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri posse, constat, usu non observari.

TEXTUS.

Subdivisio actionum in duplum.

26. *Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: ac istæ, (id est damni injuriæ ex lege Aquilia, & interdum depositi) inficiatione duplicatur: in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usque quo jussu magistratuum conveniatur. In confitentem vero antequam jussu magistratuum conveniatur, solvendo, simpli redditur.*

Subdivisio actionum in quadruplum.

27. *Item actio de eo quod metus causa factum sit a cæteris, de quibus simul loculi sumus, eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.*

NOTÆ.

26. *Omnimodo dupli*) Id est, sive reus fateatur, sive inficietur, Theoph.

In confitentem in simplum) Potest itaque hic reus evitare pœnam confitendo.

27. *Ut qui jussu judicis*) In actione quod metus causa reo convento pœnam evitare conceditur rem de qua agitur, arbitrio judicis anse sententiain restituendo, *leg. 14. §. 1. quod met. caus.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes apud nos videri rei persecutorias.*

NOtatur hic nonnulla differentia, quæ est inter actiones pœnales, tum quæ sunt in duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim simpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ sunt, sed quædam conditionaliter, ut ita, ut reo pœnam evitare liceat. Omnimodo in duplum sunt actio furti manifesti, servi corrupti, & si quæ sunt aliæ simpliciter in duplum constitutæ: quippe quæ omnes ita constitutæ intelliguntur, ut semper & statim pœna exigi possit, nec dupli condemnatio evitari. Non statim & simpliciter in duplum sunt, actio legis Aquiliæ, depositi miserabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in confitentem placet in simplum tantum dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis, usque dum reus judicio conveniatur, *hoc text. §. vi autem, 19. supr. eod.* Omnimodo in quadruplum sunt actio furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumnia, de sportulis adversus executores litium, &c. Una tantum ex hoc genere excipitur actio quod metus causa, in qua reo convento pœnam evitare conceditur, rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo. Quod si reus judicis jubenti rem restitui non pareat, hanc contumaciæ suæ pœnam patitur, ut in quadruplum condemnetur, *dict. text. §. item actio, 27. leg. item si, 14. §. 2. & 4. quod met. caus.* Est & alia & quidem inter pœnales omnes, differentia: quod scilicet quædam sint mere pœnales, quædam mixtæ, sed illa superius explicata est, *§. ex malefic. 18. & seqq. hoc tit.* VINN. Intererat hic monere, cur Justinianus hic dicat in actionibus quod metus causa *natura tacite hoc contineri*, ut qui jussu judicis rem restituat, absolvatur, si non pareat, condemnetur in quadruplum. Ratio est, quod hæc actio est arbitraria. Harum autem actionum ea est natura, ut judici ex æquo & bono æstimare liceat, quantum reum dare facere oporteat, si vero arbitrio non pareat reus, condemnatio in majus fieri possit. Quod ἰδικῶς ἐγγίνεσθαι ταῖς ἀγωγαῖς, *his actionibus proprium esse*, observat Theophil. *ad §. 31. hoc tit.* (1) HEIN. Apud nos omnes actiones sunt rei persecutoriæ, & in simplum conceptæ, quia pœnæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt, & solus fiscus pœnas ob vindictam publicam persequitur judicio criminali. Privatis tantum potestas est ejus quod sibi abest persequendi judicio civili. Jo: Imbert. in *enchirid. jur. script.* Baro *ad tit. supr. de oblig. quæ ex delict. comm. p. 2.* Gudelin. *de jur. nov. 3. cap. 13.* Groenevv. *de ll. abrog. ad rubr. Cod. de pœn.* & ibi laudati. Excipienda tamen videtur actio injuriarum,

rum, quæ ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & profitabilis, ut loquuntur. Vide *supr. ad* §. 10. *de injur.*

TEXTUS.

Divisio quarta de actionibus bonæ fidei.

18. *Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitiæ, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ permutatione competit; & hæreditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hæreditatis petitio esset, an non; nostra tamen constitutio aperte, eam esse bonæ fidei, disposuit.*

NOTÆ.

28. *Quædam bonæ fidei*) Id est, liberæ potestatis judicis, conclusæ tamen intra regulam bonæ fidei. Cicer. *in Top. & 3. de off.* Sen. 3. *de benef. & 1. de Clem.*

29. *Quædam stricti juris*) Strictæ, stricti judicii, *l. 5. §. ultim. de in lit. jur.* in quibus potestas formulæ adstricta est. Senec. 2. *Clem. cap. ultim. Clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat.*

Bonæ fidei sunt hæ) Θ'εσπιστὰ. Unde intelligimus omnes quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, & solas. Cæteræ sunt stricti juris, utiquæ si non sint arbitrariæ. De quibus *infr.* §. 1.

Præscriptis verbis) Non omnes, sed illæ duæ duntaxat æstimatoria, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, *leg. de æstim. act. l. 1. de contr. contr. empt.*

Nostra constitutio eam esse ex bonæ fidei) *Leg. ultim. Cod. de petend. hæred.* Ratio est, quia petitio hæreditatis, etsi actio est in rem, habet tamen quasdam præstationes personales, *leg. 25. §. propenult. Dig. eod.* propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, & mixta personalis dicitur, *leg. 7. Cod. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Removetur duplex contra propositam divisionem objectio.*
2 *Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ?*
3 *Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellatæ?*
4 *Multæ & insignes horum generum differentiæ; & an quæ earum adhuc maneant?*
5 *Bonæ fidei nullas esse, præter eas, quæ hic recensentur.*
6. *Actio finium regundorum cur hic omissa?*
7 *Cur duæ præscriptis verbis æstimatoria & quæ ex permutatione competit, bonæ fidei?*
8 *De petitione hæreditatis cur dubitatum?*

DUæ præcedentes divisiones ostenderunt, quid & quantum petere liceat pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita est. Proponitur hic alia quæ docet, quod quantumcumque amplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla convention aut certo jure definitum, quod potissimum in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur.

(1) *Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris*) Divisio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod hic aliquæ actiones statuuntur, quæ non sint bonæ fidei, sed stricti juris; deinde quod in hac divisione emittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam & distinctam a duabus, quæ hic proponuntur, speciem constituere videntur, §. *præterea*, 31. *infr. eod.* Quod quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in *leg. placuit*, 8. *Cod. judic.* ubi Imp. ait, placere, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur, quod generaliter constitutum est in *l. 4. C. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nam in contractibus omnibus bona fides spectetur, etiam in actionibus omnibus certe iis, quæ ex contractu proficiscuntur, pariter bona fides spectanda. Cæterum neutrum propositæ divisioni obstat. Non primum, quia in *d. l. placuit*, 8. juris verbum jus constitutum significat, quomodo dicimus, jus gentium, jus civile. Hoc jus si summum est, seu, ut in constitutione nominatur, strictum, id est, si verbis tantum nititur contra sententiam & rationem legis, nunquam sequimur, sed æquitatem, id est, mentem & sententiam legislatoris. Atque hoc sensu concedimus, nullas esse actiones stricti juris. At cum dicimus quasdam actiones esse stricti juris, verbo juris potestas significatur, ut & alibi sæpe: nec aliud est, quasdam actiones esse stricti juris, quam quasdam esse strictæ seu adstrictæ potestatis judicis: sicut e contrario, nihil aliud est, actiones quasdam esse bonæ fidei, quam quasdam esse liberæ potestatis judicis, qui æstimari possit, quicquid est ex bona fide, §. *in bonæ*, 30. *infr. eodem*. Erratque adeo Theophilus, & cum eo Pacius *in analysi sua*, dum quasdam actiones stricti juris ideo dici, quod in his judex τὸ ἀκριβοδίκαιον, summum & strictum jus sequatur. Ad alterum, quod ex *l. 4. Cod. de oblig. & act.* objicitur, respondeo, in omnibus quidem contractibus spectari bonam fidem; sed non spectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus stricti juris etiam bona fides spectatur, sed secundum communem quamdam æquitatis regulam, hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, *leg. dolo, 5. Cod. de inut. stipul. leg. si quis, 36. de verbor. oblignt.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam respectu considereretur bona fides, æquitas, sive quod in his non præstetur, quod sit contra bonam fidem; quamvis id forte subtilitate juris præstandum videatur, sed quod in his summa desideretur æquitas, res tota æstimetur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Sed esto, inquit: illud tamen vitium divisio habet, quod imperfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantum posuit, tertium actionum arbitrarium omisit. Respond. Esset imperfecta hæc divisio, si Imperator in duobus generibus, quæ hic proponuntur, constituisset, nec mox adjecisset tertium. Nunc autem cum statim & continentur unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subjiciat, §. *præterea*, 31. *infra*: perinde id haberi debet ac si

tres ſpecies eodem loco propoſuiſſet, & diviſio tripartita cenſeri. An autem actiones arbitrariæ revera conſtituant novam ſpeciem, & a duabus, quæ hic ponuntur, plane diverſam videbimus ſub *dict.* §. *præterea.*

Actiones bonæ fidei ſunt, in quibus libera poteſtas judici permittitur æſtimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præſtare oporteat. Deſcriptio totidem pene verbis expreſsa, *leg.* 2. §. 3. *leg.* 5. *princ. de oblig. & action.* §. *in bonæ*, 30. *infr. eodem*. Duo itaque ſunt, quæ judicium bonæ fidei conſtituunt, libera poteſtas æſtimandi arbitrandive judici tributa, & hæc ipſa poteſtas intra modum & regulam bonæ fidei concluſa. Ex libera poteſtate eſt, quod hæc eadem judicia paſſim arbitraria vocantur, & judex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his judiciis omnis æſtimatio & condemnatio judicis eſt ex bona fide, ſeu id, quod ex bono & æquo quemque præſtare oportet. Putat D. Hotomannus, cauſam & originem nominis eſse ex ipſa formula, eo quod Prætor in his judiciis ita jubebat judicari, ut adderet, ex bona fide, ut indicat Cicero in *Topic. & lib.* 3. *de offic.* Sed ut hæc ſit cauſa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus, quippe qui & ipſi non minus quam actio ex his deſcendens, bonæ fidei appellantur, *leg. ex empto, alias leg. emptorem*, 11. §. *ultim. de action. empt. leg. mora*, 32. §. 2. *de uſur. leg. eum qui*, 22. *de donat. leg. in bonæ*, 13. *Cod. de pact. leg.* 3. *Cod. de reb. cred.* & aliis locis; oportet tamen ſuperiorem aliquam cauſam eſse, ob quam Prætor in quibuſdam judiciis liberam judicii poteſtatem faceret, clauſulamque illam ex bona fide adjiceret, in aliis vero judicem adſtringeret formulæ. Atque ego omnino exiſtimo, cauſam hanc accerſendam a natura & conditione ipſorum contractuum: nimirum quoniam quidem contractus ita comparati ſunt, ut in his interpretandis æquum ſit laxiorem judici poteſtatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio ſit circumſcribenda. Prioris generis ſunt contractus mutuæ præſtationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Poſterioris, ubi unus tantum obligat, & unus obligatur, *arg. tit. de oblig. ex cauſ. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriuſque eſt, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum ſit, quam quid æqui bonique ratio utrinque poſtulet, ſpectari. Cum autem unus tantum obligatur, non eſt admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præſtetur, de quo non expreſse convenit, aut quod natura contractus non continetur, ex definitione *leg. quicquid*, 99. *de verber. oblig. leg.* 3. *de rebus creditis*. Ex hac, inquam, diverſitate contractuum procul dubio eſt, quod Prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam judicii concipiebat, modo laxius adjecta clauſula ex bona fide, ut in actionibus deſcendentibus ex contractu utrinque obligatorio: modo anguſtius & ſtricte, ut in actionibus, quæ proficiſcuntur ex contractibus, *παραστατικοῖς*, veluti ex mutuo, pro mutuo, ſtipulatione, &c. Hoc idem & Theod. Hermenopul. ſenſiſse arguunt verba ejus quæ legimus *lib.* 10. *tit.* 4. *σαφῶς ὑπὸ μισθώσεως*, eſtque hujus rei etiam hoc argumentum: quod idem actionum diſcrimen, & res ipſa etiam nunc manet, quamvis formulæ & interpretationes actionum ſublatæ ſint: nimirum quia formulis ſublatis nihilominus prima cauſa diſcriminis, eadem conventionum diverſitas manſit. Porro bonæ fidei eſse eas actiones omnes & ſolas, quæ ex contractibus *διπλοῦς* veniunt, oſtendit, cum actionum bonæ fidei definitio, tum ſpecierum hujus generis apud Juſtinianum collectio. Reliquæ, ſi non ſunt arbitrariæ, ſunt ſtricti juris, ſive ex contractu ſive ex delicto deſcendant. Ex his ſimul intelligi poteſt, quæ ſint actiones ſtricti juris, nimirum illæ, in quibus poteſtas judicis formulæ adſtringitur, ſeu iis rebus, in quas Prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi cauſa, in his actionibus formulam judicii concipiebat: *Si patet Mævium Sempronio centum ex ſtipulatu debere, tum Mævius damnetur*. Hæ, inquam, actiones dictæ ſunt ſtricti juris, item ſtricti judicii, quia in his judex non plus poterat, quam formula exprimebat, qua de cauſa nec judici in his dato nomen arbitri, convenit, nec judicio nomen arbitrii. Quod diſcrimen reſpiciens Seneca *lib.* 3. *de benef. cap.* 3. *Melior*, inquit, *videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad judicem, quam ſi ad arbitrum mittatur: qui illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera, & nulli conſtricta vinculis religio eſt*. Idem Seneca, *lib.* 2. *de Clement. cap. ult.* ad hanc judiciorum differentiam alludens, *Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet, nec ſub formula, ſed ex bono & æquo judicat*. Ex hoc autem fonte, quod judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æſtimat, in ſtrictis formulam præciſe ſequi tenebatur, natæ ſunt multæ & inſignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehenſæ ſunt, & Juriſconſultorum diſputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum proptia ſunt maxime hæc. (4) 1. Quod in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præſtandis nihil convenit, ſi ut præſtentur ratio bonæ fidei exigat: veluti ut venditor evictionis nomine duplum promittat, cæteraque, quæ ſunt moris & conſuetudinis, *l. quod ſi nolit* 3. §. *quia aſſidua* 20. *de ædil. edict.* Item incommoda reticentia aut diſſimulatione unius alteri illata, verbi cauſa, ſi venditor celet emptori vitium aliquod, aut quid aliud, quod ſcire emptoris intereſt, aut ſi fallendi cauſa obſcure loquatur, aut malitioſe diſſimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei eſt, ſed in id omne, quod emptoris intereſt, condemnabitur, *l.* 1. §. 1. *l. Julianus* 13. *princ. l. ſi ſterilis* 21. §. 1. *l. in venditione* 41. *de action. empt. l. ea quæ* 43. §. *ultim. de contr. empt. l.* 1. §. 1. *& poſſ. tit. de ædil. edict.* nempe in judicio bonæ fidei ſemper dolus malus præſtatur, etſi nominatim cautum non ſit, eum abeſſe, abfuturumque eſſe, *l.* 6. *in fin. de act. empt. dict. l. ea quæ* 45. *leg. ſi cum fundum* 68. §. 1. *de contr. empt.* tantumque valet officium judicis, quantum in ſtipulatione nominatim, facta ejus rei interrogatio, *l.* 7. *de reg. geſt.* 2. Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maxime contrarius eſt, *leg.* 3. §. *ultim. pro ſoc. l.* 5. *Cod. de reſc. vend.* ideo ſi quid in his contractibus geſtum ſit ab initio dolo malo, id ipſo jure non valet; ut puta nulla eſt venditio, ſi quis in hoc circumſcriptus ſit, ut venderet, *l. eleganter* 7. *de dol. mal.* Ipſo jure nullius momenti eſt ſocietas, ſi dolo malo, aut fraudandi cauſa inita ſit, *l.* 3. §. *ultim. pro ſoc. l. in cauſæ* 26. §. 1. *de minor.* Et hoc eſt, quod vulgo Interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei cauſam dat, contractum ipſo jure nullum eſſe, nullamque ex eo actionem naſci. Secus autem eſt in dolo incidenti, qui purgatur actione ipſius contractus,

ctus, aut exceptione, si conveniatur, qui dolum passus est, *leg.* 13. §. 4. *& seqq. de act. empt. leg.* 2 *Cod. eod. dict. l. & eleganter* 7. §. 3. *de dol. mal.* qua de re consule Bachovium *dispit. 6. de act. thes. 16. & seq.* ubi tamen sententiam communem restringit ad contractus, qui solo consensu constant, quasi in cæteris interventus rei impediat, quominus actus sit ipso jure nullus. De metu non idem, quod de dolo, statuendum, apparet ex verbis edicti *de eo, quod met. caus.* & textu expresso in *leg.* 4. *& 5. Cod. de his qui met. caus.* de quo item adi Bachov. *dict. loc.* & nostra *lib.* 1. *select. quæst.* 12. 3. Quod ex causa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriorem, sed adhuc integra adversus eum vetus actio maneat, *l.* 3. §. 1. *commod. l.* 1. *si res* 16. *depos.* 4. Quod in bonæ fidei judiciis post moram etiam accessiones officio judicis præstentur, in pecunia usuræ, in cæteris rebus fructus. De usuris diserte hoc traditum est in *leg. mora*, 32. §. 2. *usur.* Ergo de fructibus idem dicendum: quoniam si ideo usuræ in bonæ fidei contractibus ex mora præstantur, quia vicem fructuum obtinent, ut disputat Jurisconsultus *in leg. usuræ* 34. *de usur.* fructuum quoque eandem conditionem esse oportet, fac. *text. in leg.* 3. *in princip. eodem*, nam actio ex testamento in his, quæ ex mora præstantur, imitatur naturam actionum bonæ fidei, *dict. l. usuræ* 34. *de usur. l.* 3. *Cod. in quib. caus. in int. rest.* 5. Quod in judiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem initio litis contestari, sed satis sit quandoque ante rem judicatam exceptionem objici, qua deinde probata officio judicis convenit reum absolvere. Non est huic contrarium quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse, *l. ut fundus* 18. *comm. divid.* Nam in bonæ fidei judiciis vi ipsa & potestate judicii exceptiones in judicium deduci intelliguntur, cum in his judex judicare jubeatur ex æquo & bono: idque veteres significant, cum ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri, & si non excipiatur, satis per officium judicis consuli, *l.* 3. *de rescind. vend. l. sed si ideo* 31. *in fin. sol. matr. l. hujusmodi* 84. § *qui servum* 5. *de legat. l. plane* 38. *leg. ultim. de hæred. petit.* In judiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibus nominatim convenit nihil amplius, *l. quicquid* 99. *de verb. oblig.* nisi sit, quod in natura negotii contineatur, *l.* 3. *de reb. cred. l. indebiti* 15. *de cond. ind.* Qua de causa in strictis judiciis non veniunt ea, quæ sunt moris & consuetudinis, per *dict. l. quod si nolit* 31. §. *quia assidua* 20. *de ædil. edict.* Ubi non expresse clausula de dolo stipulationi inserta est, vel seperatim de dolo cautum, deficit actio ex stipulatu, & de dolo agendum est, *l. & eleganter* 7. §. 3. *in fin. de dol. mal.* Subsistit ipso jure stipulatio & semper excipiendum est, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *l. si quis* 36. *de verb. obligat. l. dolo* 5. *Cod. de inut. stipulat.* In re deteriore facta, quæ ex contractu stricti juris, veluti ex stipulatu, debita fuit, placet promissionem eam præstando vetere actione liberari, & si quid dolo in ea fecit, teneri actione de dolo *dict. l.* 7. §. 3. *de dol.* De usuris jus certum est, has in stricti juris contractibus ex mora non deberi, cum ut debeantur ex mora, id bonæ fidei judicis tantum tribuatur, *l. mora* 32. §. 3. *de usur. l.* 5. *Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Sed & diserte traditum est, in strictis Judiciis citra vinculum stipulationis usuras peti non posse, *l. Titius* 24. *de præscr. verb. l.* 2. *Cod. de usur.* Quare nec post litem contestatam in his judiciis currere incipient, *l.* 1. *Cod. de cond. ind.* Nam quod dicitur in *l. lite* 35. *de usur.* lite contestata, usuras currere, id non hanc habet sententiam, usuras post litem contestatam incipere currere, seu incipere deberi, sed debitarum cursum lite contestata non retardari, deberi cœptas post litem contestatam perseverare, *leg.* 1 *Cod. de judic.* de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta, usuræ non currunt, seu cursus usurarum sistitur, *leg. novatione* 18. *de novat.* litis autem contestatio novationem quamdam inducit, *leg. delegare* 11. §. 1. *leg. aliam* 29. *dict. tit. leg.* 3. §. *idem scribit* 12. *de pecul.* Sed responsum est, aliam esse causam novationis voluntariæ, aliam judicii accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem suam deteriorem facit, *dict. leg. aliam* 29. add. Don. *hic. num.* 31. Perez. *ad tit. Cod. de usur. num.* 22. De fructibus in strictis actionibus hoc observatur, ut si quis actionem habeat ad consequendum, quod ejus non fuit, veluti ex stipulatu fructus non consequatur, etiam si mora facta sit: post acceptum autem judicium etiam fructuum ratio habeatur, quia omnis causa restituenda est, *leg. videamus* 38. §. *si actione* 7. *de usur.* In his autem actionibus, quibus repetimus quod nostrum fuit, cujusmodi sunt conditiones earum rerum, quæ a nobis profectæ sunt, ut condictio ob causam datorum, condictio indebiti, sine causa, &c. fructus, ex quo primum tempore res accepta est, una cum re restituendi sunt ex ipsius negotii natura & quasi lege, *leg. indebiti* 15. *de cond. ind. d. l. videamus* 38. §. 1. *& aliquot seqq.* Don. *de fruct. cap.* 1. Plane in actione ex testamento, quæ natura sua stricti juris est; *l.* 6. *in fin. cum l. seq. de in lit. jur.* favore ultimæ voluntatis placuit usuras & fructus venire ex mora ad instar bonæ fidei judiciorum, *l.* 3. *t. usura* 34. *de usur. l.* 3. *Cod. in quib. caus. in int. restit.* Denique in strictis judiciis necesse est exceptionem initio litis contestari, & vel reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel a dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probavit, antequam sententia feratur, *l.* 6. *Cod. de præscr. long. temp. l.* 8. *& l.* 9. *Cod. de exc.* Non contestatam postea objicere non licet, de quo fusius alibi. Sunt & aliæ horum generum differentiæ, veluti quod in bonæ fidei judiciis præstentur etiam fructus percepti eo tempore, quod judicatis datur, in strictis autem hoc tempus a fructuum perceptione immune sit, *l.* 3. *princ. & §. 1. de usur.* Quod in illis in ineunda rei deperditæ æstimatione tempus litis contestatæ, *l.* 3. §. 2. *commod.* Quod in illi juretur in litem, in his non item, nisi in casu singulari, *leg.* 5. *princip. & §. ultim. cum leg. seq. de in lit. jur.* Proferuntur præterea & aliæ quædam ab aliis differentiæ, quas ideo prætermitto, quia non usque adeo explorati juris sunt. Apud nos tota hæc judiciorum distinctio generali desuetudine pene deleta est, & genera actionum sic confusa, ut omnes vi & effectu non videantur esse bonæ fidei. Illud tamen discrimen adhuc manet, quod quamvis usuræ in bonæ fidei judiciis debeantur ex mora, in strictis tamen non debeantur, nisi a tempore litis contestatæ. Fructuum autem, quorum causa favorabilis, in utroque genere eamdem esse præstationem accipi: quod sane in Gallia expresse sancitum. Imbert. *in enchirid. vegetab. evictione an liceat.* Rebuff. *ad const. Reg. tom.* 3. *tract. de fructib. articul.* 1. add. Baron.

Baron. *infr. de offic. judic. comm. part. alt.* Gudelin. *3. de jur. noviss. capit.* 13. Groenevv. *de leg. arbitr. ad hoc §.*

Bonæ fidei sunt hæ: ex empto, vendito, &c.) Observandum est, quod non ait, *Bonæ fidei sunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut fit, cum exempli gratia quædam proferuntur: sed ὁριστικῶς, *bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito*, & quæ sequuntur indicans, se eas omnes, quæ sint hujus generis, ex professo recensere. Ex eo enim intelligimus, non tantum actiones omnes, quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, sed etiam præter has bonæ fidei nullas esse, cæteraque, si arbitrariæ non sint, de quibus §. *præterea*, 31. esse stricti juris. Et igitur in hoc numero sunt actio ex stipulatu, ex testamento, *leg.* 1. §. *ult. & leg. seq. de in lit. jur.* ex causa donationis, *leg. eum qui*, 22. *de donat.* condictio indebiti, *l.* 1. *Cod. de cond. ind.* & condictiones reliquæ. Item actiones pœnales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hic non nominantur. Non obstat, quod nonnullæ actiones, quarum hic mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ esse ex bono & æquo; ut condictio indebiti, l. *penult. cond. ind.* actio funeraria, *leg. & si quis*, 14. §. *hæc actio*, 6. *de relig.* actio injuriarum, *l.* 12. §. 1. *de injur.* item actio præscriptis verbis de precario, *l.* 2. §. 2. *de precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicuntur, quia initium eas constituendi sit ex bono & æquo: sed quia, ut supra diximus, in his omnia ex bona fide dijudicantur, tam quæ præstanda sunt, quam quæ non sunt præstanda: quod non fit in aliis, quam quæ hic commemorantur. Plane actio funeraria inter bonæ fidei judicia numerari videtur, *dict. leg. & si quis*, 14. §. *idem Labeo*, 13. *de rel.* ubi Ulpianus ait, judicem hic solutius æquitatem sequi, cum hoc ei natura actionis indulgeat: nam in strictis judiciis judex non solute judicat, sed adstringitur formulæ, ut proinde existimem funerariam inter judicia bonæ fidei computandam. Sed nego, eam hic prætermissam esse; numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum gestorum, cujus actio funeraria species quædam est, ut adjectio, *argum. l.* 1. *d. l. & si quis*, 14. §. *sed interdum*, 7. §. *fortassis* 9. §. *si quis*, 11. *& d.* §. *idem Labeo*, 13. *de relig.* Illud enim in universum tenendum est, actiones, quæ hic enumerantur, ita solas bonæ fidei censendas, ut illæ duntaxat excludantur quæ plane sunt diversi generis; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis distinguuntur, aut sub enumeratis tanquam species subgenere comprehenduntur. Nullum certe dubium est, quin bonæ fidei tam conveniat actionibus contrariis, negotiorum gestorum, mandati, depositi, commodati, tutelæ pignoraticiæ, quam directis ex iisdem causis, & quin per enumeratas non solum directæ intelligantur, sed etiam quæ ex similibus causis sunt utiles, veluti negotiorum gestorum adversus curatorem, *leg.* 3. *Cod. de transact.* Eademque ratione & actionem pro tutela, & bonorum possessoriam hæreditatis petitionem, & petitionem hæreditatis fideicommissariam, recte dicimus esse actiones bonæ fidei, *argum. leg.* 1. §. *pen. de eo qui pro tut. leg.* 1. *de poss. hær. pet.* Eo amplius & actio exercitoria & institoria ex contractu bonæ fidei cum magistro navis aut institore inito, item de peculio ex eadem causa bonæ fidei censendæ. Postremo eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat: nam Zeno contractum emphyteuticum a venditione & locatione separando vim ejus veterem non minuit, sed auxit, *leg.* 1. *Cod. de jur. emphyt.* fac. §. 3. *sup. de loc.*

Ex empto, vendito) Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fidei sunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro socio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *supr. tit. de oblig. ex cons. l.* 2. *de ob. & act.*

(6) *Familiæ erciscundæ, communi dividundo*) Alibi passim tria hæc judicia propter similitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum consulto prætermissum, quia hoc judicium a cæteris in eo discrepat, quod causam non continet bonæ fidei judicii. Nam illæ familiæ erciscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto, & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio solus sibi rem gerit, qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quam quasi ex contractu: qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio nascitur, omissa est *tit. de oblig. quæ quas. ex contr.* Est igitur aut stricti juris, aut quod magis probo cum Ant. Fab. *decis.* 49(*erc.* 1. arbitraria: quoniam pro vindicatione est, *l.* 1. *in fin. reg.* fac. *l.* 4. §. 3. *eod.* & quod nomen arbitri in quæstionem finium usurpatur.

(7) *Quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione*) Ex actionibus præscriptis verbis duæ tantum hic proponuntur, quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde recte vulgo Interpretes concludunt, cæteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerunt *l.* 1. *de æstim. act. l.* 1. *de contr. empt.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cum res æstimata vendenda datur, utrum hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum: qui contractus omnes cum sint bonæ fidei, merito quæ hic dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis, bonæ fidei conferi debet. In hac ostendit Paulus, tantam esse inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, locum non inveniunt. Videlis Dom. Bachov. *disput. 6. de act. thes.* 8.

(8) *Hæreditatis petitio*) Petitioni hæreditatis, cum ea sit actio in rem, *leg.* 25. §. *propon. de hæred. petit. leg.* 1. *de res vend.* non videtur convenire hæc qualitas, ut reputetur actio bonæ fidei: si quidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum fere, quæ ex negotio mutuo gesto nascuntur: quale nullum geritur inter hæredem & possessorem hæreditatis. Atque haud dubie hac ratione moti nonnulli veterum eam a classe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam esse censuerunt, propterea quod in judicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum gestorum naturam proxime accedit. Constat enim, possessori hæreditatis committi rerum hæreditariarum administrationem: unde fit, ut licet petitio hæreditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales, ut puta eorum, quæ a debitoribus exactæ sunt: item pretiorum rerum venditarum; item eorum quæ possessor creditoribus solvit, vel in hæreditate impendit, *d. leg.* 25. §. an-

§. *antepenult. leg. item veniunt*, 20. *leg. plane*, 38. *de hæred. petit.* quæ omnia quodammodo actione in personam, & veluti ex negotio gesto repeti videntur: unde etiam mixta personalis hæc actio appellatur, *leg. 7. Cod. de pet. hær.* Posteriorem sententiam, quæ etiam plurium fuisse videtur, & jam ante recepta, *arg. dict. l. 38. de hær. pet.* confirmavit Justinianus *leg. ult. fin. Cod. eod.*

TEXTUS.

De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa.

29. *Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod re uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in actione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.*

NOTÆ.

29. *Sed & tacitam hypothecam*) Quatuor singularia hic a Justiniano constituta. 1. Ut actio ex stipulatu mulieri detur, quamvis nulla stipulatio de dote reddenda interposita. 2. Ut actio illa in hoc casu sit bonæ fidei. 3. Ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *dict. leg. unic. §. 1. 4.* Ut ex hac causa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis antiquiorem hypothecam habentibus, *leg. ultim. qui potior. in pign. Nov. 97. cap. 3. & 4.*

Cujus solius providentia) His verbis excluduntur tantum hæredes mulieris extranei, *d. l. un. §. 6.* Etenim privilegium dotis ad liberos transit, *d. l. ult. vers. exceptis. Nov. 91.*

COMMENTARIUS.

1 *Soluto matrimonio quis qua actione dotem olim repetebat? & quid hic novi a Justiniano?*
2 *Actio ex stipulatu quam ob causam plenior visa quam rei uxoriæ?*
3 *Singularia, quæ circa actionem de dote ex stipulatu Justinianus constituit.*
4 *Iniquum plerisque visum, mulierem præferri expressam anteriorem hypothecam habentibus, & quid hic juris apud nos?*
5 *An liberi idem privilegium habeant, quod mater?*

(1) SOluto matrimonio, dotis repetitio est, nisi convenerit, ut mortua in matrimonio muliere, dos remaneat apud maritum, *l. 32. de pact. dot.* Si mulier suo nomine dotem dederit, ipsi soli repetitio competit, *l. un. §. accedit 13. C. de rei ux. act.* Idem est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *leg. 9. in fin. Cod. de pact. tam sup. hot.* Profecticiam pater adjuncta filiæ persona petit, *leg. 2. §. 1. solut. matrim.* ipsa sola, si emancipata est, *leg. si socer, 44. eod. l. pater 71. de evict.* Mortua in matrimonio filia, sive emancipata, sive in potestate, solus pater jus petendi habet, *l. 5. in princ. & §. 1. l. 6. de jur. dot. leg. 21. solut. matr. l. 5. Cod. eod.* Patre mortuo dotis exactio filiæ manet, eaque mortua ad hæredes ejus transmittitur, *dict. leg. unic. §. 4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit sola, filiafamil. cum patre: mortua filia apud maritum remanet, nisi, ut redderetur, convenerit, *dict. leg. unic. §. accedit, 13.* Quod si pater dotem sibi reddi stipulatus sit, patris solius actio propria est, *dict. leg. unic. §. & hoc. 14.* Pro repetenda autem dote duplex jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoriæ, atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior: hæc stricti juris, sed firmior, multisque in rebus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transtulit in actionem dotis ex stipulatu, *dict. leg. unic. de rei uxor. act.* ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulatio revera & utiliter intervenisset, utique ex hac causa actio ex stipulatu, quæ jure communi stricti judicii est, bonæ fidei sit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem, *in princ. §. 1. & 2. d. l. un.*

Una ex bonæ fidei judiciis) Antiqua rei uxoriæ seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. sed & si 23. de solut. matrim.* ubi Ulpianus ait, doli exceptionem inesse de dote actioni, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & leg. 3. de offic. cap. 17.* discimus, in hujus actionis formula hæc verba usurpata fuisse, *Quantum æquius melius.* Cujus etiam vestigia existunt in *leg. pen. §. ult. solut. matr. leg. si cum 82. de solut.*

(3) *Pleniorem esse ex stipulatu*) Actionem ex stipulatu ideo pleniorem fuisse dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actione rei uxoriæ. Nam si mulier dotem sibi reddi stipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro*, dotemque simul & legatum sibi a marito relictum petere poterat, cum absque stipulatione alterutrum tantum ex edicto consequeretur, præsumente auctore edicti, legatum in compensationem dotis relictum, *d. l. un. §. 3. C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obstabant exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impensas, *l. rei 15. §. 1. solut. matrim.* non obstabant muliere agente actione ex stipulatu, *d. l. un. §. taceat 1.* At hæc, stipulatione non interposita, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat; actio autem ex stipulatu ad hæredes mulieris transmittebatur, *d. l. un. §. maneat 4. & §. illo 6.* Postremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat actionis ex stipulatu, quod data quantitas hac actione statim exigi poterat, & restituenda erat, cum in actione rei uxoriæ quantitatis repetitio dilationem haberet, ut demum annua, bima, trima die redderetur, *d. l. un. §. cum autem. 7.*

(3) *Tacitam ei dedimus hypothecam*) Quo plenius & certius mulieribus de dote consultum esset, hoc etiam Justinianus constituit, ut actio dotis ex stipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit, adjectam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. un §. 1. &* tandem ut in omnem eventum secutæ essent, etiam in hac ipsa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis

vis tempore prioribus sive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ult. Cod. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa sexus muliebris miseratio, evincit, perspicueque apparet ex *Nov.* 98. *c.* 3. *&* 4. ut præferantur creditoribus non tacitam tantum, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores ultramontani constitutionem Just. interpretati sunt, & noviss. An. Mer. 2. *controvers.* 9. Sed quoniam hoc privilegium aperte iniquum est, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quæsivi, cæteri omnes æquissima intrepretatione maluerunt hoc sic temperare, ut iis tantum creditoribus noceant, qui tacitam itidem, ut mulier, & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expressam, id est, de qua sibi ipsi aperta conventione prospexerunt. Ita comm. DD. in *d. l. ult. Cod. qui pot. in pign. & ad hunc* §. ut videre est apud Jas. Gomez. *hic* Negus. *de pign. part. 5. membr. 2. num.* 23. Covarr. 1. *res.* 7. *num.* 1. Et secundum hoc temperamentum passim judicari solet, testib. Schn. *n.* 57. Anton. Fab. *Codice suo qui pot. in pig. def.* 16. Christin. *vol.* 4. *decis.* 159. *num.* 8. Gail. 2. *observ.* 25. *num.* 10 ubi diserte ait, suo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam recessum fuisse: quamquam contrarium judicium Cameræ affert Mynsi. 4. *observ.* 13. Apud nos, sicut pleraque alia jura, quæ de dote constituta sunt, locum non habent, ita nec ea quæ de tacita hypotheca constituit Just. Contendunt tamen nonnulli, si per pacta dotalia excludatur bonorum communio vel constituatur, ut uxor sua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum esse juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hic res se habeat, disces ex Neostad. *de pact. antenupt. observ.* 9. 10. 11. Grot. 1. *introd. cap.* 5. *&* 2. *introd. cap.* 12. Antverpiæ jus civile, & privilegia dotis servantur sine ullo pacto.

(5) *Cum ipsa mulier experiatur, cujus solius providentia*) His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios qui dotem pro muliere dantes eam sibi reddi stipulati aut pacti sunt: itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex stipulatu mortua muliere transire voluit, *d. l. un.* §. *illo 6. C. de rei ux. act.* Liberis autem eamdem prærogativam, quam matri dedit, servari jussit, tanquam si mater adhuc viveret, *d. leg. ult. vers. exceptis, C. quis potior. in pign. & Nov.* 91. Itaque recte DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis Gomez. *in l.* 50. *Tauri*. Christin. *vol.* 4. *decis.* 160. *num.* 15. concludunt, liberos eosdemque hæredes mulieris idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis hæredibus non competat. Diss. Anton. Fab. 8. *confer.* 13. cui occurritur a Bichov. *lib.* 4. *de pign. c.* 25. *n.* 2. 2.

TEXTUS.

De potestate judicis in judicio bonæ fidei, & de compensationibus.

30. *In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, eum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti juris judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus; ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quisquis exactione defraudetur.*

NOTÆ.

30 *Libera potestas permitti judici*) Hinc est, quod bon. fid. judicia passim appellantur arbitria, & judices additi arbitri, *leg.* 24. *depos. leg.* 43. *l. ultim. famil. erc. leg.* 15. *l.* 17. *Cod. cod. l.* 18. *comm. div. l.* 38. *prosc.* Cic. & Sen. *ubi sup.*

In reliquum debeat condemnari) Aut si nihil reliquum, absolvi, *l.* 4. *l.* 11. *Cod. de compens.* Nam compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l.* 1. *ff. eod.* Unde Græcis ἀντιπλήρωσις dicitur.

Opposita doli mali exceptione) Quæ initio litis contestanda erat. In bon. fid. vero judiciis admittebatur compensatio ipso jure, & citra exceptionem proprie dictam.

Nostra constitutio) Extat in *l. ult. C. de compens.*

COMMENTARIUS.

1 *Causa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admissa Compensatio?*

2 *Compensatioone ipso jure actiones minui. Quid hoc, quæ inde utilitatis? & quid si quis compensatione usus non fuerit?*

3 *Rerum consumptibilium dumtaxat compensationem esse.*

EX eo, quod in bonæ fidei judiciis libera potestas judici est, omnia æstimandi ex æquo & bono, in strictis non item, natæ quotquot sunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illas olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compensatio a judice sola æquitate judicii, idque citra exceptionem proprie dictam, seu ipso jure. In judiciis autem stricti juris reus, cui quid vicissim ab actore debebatur, necesse habebat, id propria actione petere usque ad rescriptum D. Marci, ex quo & in strictis judiciis potestas compensandi admissa est, opposita doli mali exceptione. Cæterum constitutione Justiniani jus compensandi latius introductum, atque ipso jure admissum, modo causa, ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem quam in personam, duabus tantum exceptis, quibus in totum noluit compensationem oppomi, actione depositi, & omni actione, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compens. l. pen. C. depos.*

Eo compensato in reliquum) Hæc effectum compensationis indicant, nimirum compensatio cum sit debiti & crediti inter se contributio, *l.* 1. *Cod. d. compens.* si compensato eo, quod invicem debetur, nihil supersit utrinque, quod debeatur, absolvi reus debet; sin supersit quod reus debeat, in id solum quod reliquum est condemnari. Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l.* 4. *Cod. eod.*

Oppositæ doli mali exceptione) Itaque post rescriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ fidei

fidei & stricti juris differentia, quod in his compensatio iuducebatur ope exceptionis, quæ proinde initio litis contestanda erat, non contestata frustra postea objiciebatur. In illis autem compensatio admittebatur ipso jure & citra ullam exceptionem proprie dictam; quod quale sit, postea audiemus.

(1) *Quæ aperte jure nituntur*) Id est, quæ ex causa liquida abjiciuntur. Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita sit, si causa debendi & justa sit & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedire probari possit. Cacheran. *decis. Pedemon.* 139. *num.* 13. Menoch. *arb. cent.* 1. *cas.* 14. ubi in hac re judicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi cum liquido compensationem admtiti Justinianus noluit, sed tum alii judicio rem reservari jussit, ne creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, postquam jam convictus aut pene convictus est, permittatur, confugere ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiorem indaginem requirat, *dict. l. ult.* Vide tamen Christin. *vol.* 1. *decis.* 231. *vol.* 3. *decis.* 38. Sane & si causa, ex qua compensatio objicitur, liquida non sit, si tamen reus initio litis compensationem per modum exceptionis opponat, eamque contestetur, audiendus est: ad hunc casum constitutio non pertinet, ut bene Don. *hic* Zanger. *part.* 3. *de exc. cap.* 8. *numer.* 104. quorum argumentis nihil solidi ab aliis reponitur, adde quæ nos *libro* 1. *select. quæst. cap.* 50.

(2) *Actiones ipso jure minuant*) Hoc non ita accipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione sine facto suo, id est, non opposita defensione compensationis; nam cum judex divinare non possit, an auctor vicissim quid debeat, a reo utique hoc allegandum est, petendumque, ut compensatio admittatur: quæ tamen allegatio proprie exceptio non est, licet ita vulgo appelletur; nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem judicati, *leg.* 2. *Cod. eod.* sed species defensionis, quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis, &c. vid. *infr. titul. de except.* Sed ita opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut minui, reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, eo quo utrinque deberi cœpit, *leg.* 5. *Cod. eod.* Quod nosse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublatæ esse intelliguntur, puta fidejussiones, pignora, usuræ, *l.* 4. *ff. ad leg.* 4. *invicem* 12. *Cod. eod.* Iraque cum alter pecuniam gratuitam, alter sub usuris debet, concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstatur, *l. cum alter* 11. *eod.* Quæcumque autem vis est compensationis, ea constituta est debitori, qui compensatione usus est, *l.* 2. *l.* 5. *eod.* sin minus salva ei manet vetus petitio; nec creditor, qui totum petit, male petiisse videtur. Unde judicatum est interim etiam actionem a creditore alii cedi posse eo effectu, ut quæ credenti poterat objici compensatio, ea objici non possit cessionario, utique causam onerosam habenti, & actione utili suo nomine experienti, Christin. *volum.* 1. *decis.* 252. Anton. Fab. *Cod. suo de compens. defin.* 3. fac. *l.* 4. §. 28. 29. & 31. *leg.* 5. §. *pen. de dol. mal. except.* add. eund. Ant. Fab. 12. *Conject.* 9.

(3) *Sive rem, sive in personam*) Ponendi tamen sunt termini habiles, nempe si res de quibus compensand's & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ, quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur quam debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & aperte ostendit *dict. leg.* 4. *Cod. de Compens.* fac. *text. in leg.* 18. *de pign. act. leg.* 22. *de compensat.* alias invitus, quod iniquum est & jus non patitur, aut rem alienam emere, aut meam vendere, aut cum aliena permutare cogar, contra *leg.* 16. *Cod. de jur. delib. leg.* 5. *Cod. de oblig. & act.* Denique si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licet, quam aliud pro alio invito creditore solvere; quippe cum compensatio non alia de causa debitorem liberet, quam quia pro solutione est, *dict. leg.* 4. *Cod. de comp.* junct. *leg.* 2. §. *de reb. cred.* Cum itaque quantitatis tantum cum quantitate, seu pecuniæ cum pecunia compensatio fit, consequens omnino est, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie; & quod Justinianus generaliter hic constituit, compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem, tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationis locus sit, si pro re pecunia præstari debeat, ut accidit, cum re dolo aut culpa debitoris amissa aut deteriore facta, æstimatio ejus deberi cœpit: alias opus est mutua petitione seu revocatione, ut nunc loquuntur, *l.* 4. *cum auth. sec. C. de sentent. & interloc* eoque pertinet *l. ult. C. de commod.* Quod & vulgo recte probatum est, ut alibi demonstrabimus: nam & huic argumento proprium destinabimus tractatum. Duo omnino sunt, quibus agentibus compensatio objici non potest, fiscus & respublica: sed certis duntaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus, quæ comprehensa sunt *leg.* 3. *Cod. de compens. l. ausertur*, 46. §. ut *debitoribus*, 5. *do jur. fisc. l. ob negotium*, 20. *ff. de compens.*

Excepta sola depositi actione) Quam ideo excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi, quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere. In *l. ult. C. de compens.* excipit actionem, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur: quæ sane species nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet. Cujacius excipit & actionem commodati, per *l. ult. C. commod.* ubi dicitur, prætextu debiti restitutionem commodati, id est, rei commodatæ, non probabiliter recusat: sed hoc non obstat, quominus dicamus, iisdem conditionibus, de quibus supra, locum esse compensationi etiam in actione commodati, Don. *hic num.* 10.

TEXTUS.

De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes appellamus: in quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, vel ipse rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem; veluti

veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus, & cæteris similibus permittitur judici, ex bono & æquo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

NOTÆ.

31. *Ex arbitrio judicis pendentes*) Nam si reus arbitrio judicis paret, absolvitur: si non paret, condemnatur, & plerumque gravius atque in aliud, quam quod facere jussus erat, *leg.* 14. §. *quod met. caus. l.* 46. & *seq. de rei vind. l.* 5. *l.* 8. *de in lit. jur.*

Vel ex noxali causa) Puta si adversus dominum noxaliter agatur ea actione, quæ & ipsa arbitraria esset, si cum domino ageretur directo: puta quod metus causa, aut de dolo, Don. *n.* 12.

Quod certo loco) Hæc alia longe ratione arbitraria dicitur, quam cæteræ: quippe quæ origine sua est stricti juris; sed ex accidenti, quod alio loco intendatur, fit arbitraria; ideo sic appellatur, qui arbitrio judicis æstimando permittitur, quanti litigatorum interfit, potius solvi loco constituto, *l.* 2. *quod cert. loc.* §. 33. *vers. loco plus petitur, inf. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones arbitrarias constituere tertium genus plane diversum a superioribus.*
2 *Ex quo fit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria? &c.*
3 *Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis.*
4 *Hoc in genere duplicem intervenire sententiam: mores hodierni.*
5 *In ea quod certo loco una sententia rem transigi.*
6 *Rectne noxales inter arbitrarias numerentur? saltem interdum.*
7 *Inter arbitrarias esse & rei vindicationem & confessoriam, &c.*
8 *Actiones quædam arbitrariæ hic non nominatæ.*
9 *Bonæ fidei & arbitrariarum discrimen.*

Interpretes vulgo existimant, non proponi hic novum & tertium actionum genus, quod sit distinctum a superioribus, & earum, quæ neque bonæ fidei sint, neque stricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum e duobus illis generibus referendas: esse enim ex eo genere, quæ stricti juris appellantur, seu esse speciem actionum stricti juris, ac proinde bipartita divisione, quæ proponitur §. *actiones* 28. *sup.* contineri. Perez. & Corvin. *in erotematibus*. (1) Nos autem contra putamus, actiones arbitrarias tertium genus constituere plane sejunctum a superioribus: ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei, neque stricti juris. Tale utique hoc genus aperte hic statuit Justinianus, cum ait, *præterea esse quasdam actiones quas arbitrarias appellamus*. Nam illud *præterea* non aliud valet, quam præter superiores, ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris, esse & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Quod si veterum auctoritas quæritur, non obscure Marcianus *in leg.* 5. *de in lit. jur.* actiones arbitrarias ab utraque superiore specie sejunxit. Nam cum initio differit, in actionibus in rem, & ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem jurari, subjicit in calce per adversativam: *Plane interdum & in actione stricti judicii in litem jurandum*. Aperte declarans actiones in rem & ad exhibendum, quas a bonæ fidei judiciis antea distinxerat, nec stricti juris esse: sunt autem hæ arbitrariæ, ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera distincte posuit, & multo etiam apertius in *leg.* 3. §. 1. *de usur.* ubi ita scribit, *in his quoque judiciis, quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est*. Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc judicia plane diversa sunt, arbitraria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrariæ actiones propius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum quam ad actiones stricti juris? nam in arbitrariis permittitur judici facultas æstimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, *in fin. hujus* §. & in his similiter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem, *leg.* 5. *de lit. jur.* ut si alterutri speciei aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem judiciorum bonæ fidei, quam stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est; & neutra harum qualitatum usquam actionibus in rem retribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariarum constituunt, ut vel bonæ fidei dicantur, vel stricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quam quæ in personam sunt, competunt, & maxime iis, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod ajunt, actiones arbitrarias natura sua & origine esse stricti juris, ex accidenti autem esse, quod his arbitrio judicis condemnatio fiat, falsum est, præter quam in actione de eo quod certo loco, quæ a cæteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

(2) *Ex arbitrio judicis pendentes*) Actiones arbitrariæ sunt, quæ ex judicis arbitrio pendent, unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, sed non omnes eodem modo: longeque alia ratione actio de eo quod certo loco dari oporteat, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum, ut duæ sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera, iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrariæ dicuntur, quod in his tota condemnatio ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere sunt actiones, quæ sunt de eo quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamento, vel quia mutua pecunia sit data, ut certo loco redderetur, *leg.* 1. *leg.* 5. & *leg.* 6. *de eo quod cert. loc.* Ex his enim causis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio judicis æstimandum, quanti litigatorum interfit instituto potius loco solvi, quam eo, in quo agitur: ut si rei interfit, minuatur; si actoris, augeatur condemnatio, *leg.* 1. *princ.* & §. *ult. dict. tit. leg. unic. Cod. ubi conv. qui cert. loc.* Formula judicii hæc fuit: *Si paret, Titium decem Capuæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore solvisse, judex arbitratu suo condemna.* Hujus generis arbitrariæ natura sua & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco intentantur, quam in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarias facit. Cæteræ, quæ arbitrariæ dicuntur, diversam naturam

auram & rationem nominis habent. (3) Hæ enim ideo sic appellantur, quia earum hoc proprium est, quod in iis, antequam procedatur ad sententiam definitivam, ad condemnationem, vel absolutionem, judex tam, quam arbiter honorarius interloquitur, jubens reum aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo porro jussu seu arbitrio pendet actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus paret, absolvitur; si non paret, condemnatur: & quidem gravius atque in aliud, quam quod facere jussus erat, in pœnam contumaciæ. Ut ecce in actione, quod metus causa, probato metu, jubetur reus rem, quæ metu extorta dicitur, restituere: si jussu judicis non paret, condemnatur in quadruplum; *leg. item si, 14. §. 1. & deinceps, quod met. caus.* In judicio rei vindicationis, probato dominio, jubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam non restituit, aut dolo fecit, quominus restituere possit, condemnatur quanti adversarius in litem juraverit, *leg. ejus rei, 46. cum l. seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Idem fit in actione ad exhibendum, si jussus exhibere non exhibeat, *l. 3. §. ad exhib.* Formula judicii in rei vindicatione talis fuit, ut ex Cicer. 4. *in Verr.* discimus; *Si paret, rem, qua de agitur, Titii esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur, judex condemna.* Condemna scilicet in aliud; & tanti, quanti res æstimata erit jurejurando actoris. Itaque in posteriore hoc genere duplex sententia intervenit, una interlocutoria, jussus seu arbitrium de restituendo vel exhibendo; altera definitiva, litium terminus absolutione aut condemnatione, prout reus præcedenti arbitrio paruerit aut non paruerit, quæ veteribus absolute sententia dicitur. (4) Atque ut ante diximus & probavimus, ubi reus est contumax, in aliud & gravius quid condemnatio fit, quam quod arbitrio continetur: puta vel in quadruplum, ut actione quod metus causa, vel in id, quanti res æstimata fuerit jurejurando actoris, ut in cæteris hujus generis. Nam quod aliquando etiam in casum contumaciæ ultra non proceditur, sed arbitrium transit in sententiam definitivam, & mandatur executioni, *leg. qui restituere, 68. de rei vind.* extraordinarium est, *arg. leg. finita, 15. §. ubi autem, 23. de damn. inf. leg. 1. §. 2. si venir. non mul. in possess.* quamquam moribus nostris convenit, quibus semper in rem petitam fit condemnatio & executio. Sed neque arbitrium procedit, aut possessor victus jubetur interloquente judice rem restituere: verum statim definitive condemnatur, *artic. 172. infir. Cur. Holland.* Merull. *lib. 4. dist. 5. sect. 5. tit. 7. c. 1.* (5) In priore autem genere res una sententia transigitur, ut in aliis fere actionibus, id est, nullo jussu judicis præcedente, ex quo sententia pendeat. Arbitratur quidem judex & in actione de eo quod certo loco, sed tunc, cum profert sententiam, nec tam quid reus faciendum habeat, quam quid ipse pronuntiandum ac postea exequendum. Non obstat, quod ait Ulpian. *l. 4. §s 1. de eo quod cert. loc.* Interdum judicem, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Nam hoc singulare est, & extra casus illic propositos vix locum habet: neque jubetur ea cautio interponi per modum arbitrii aut jussus, cui si non pareatur, reus gravius condemnetur, sed ad postulationem ipsius rei mero judicis officio æquitatem ante oculos habentis; efficitque tantum ut actor remittatur ad locum constitutum. Ant. Fab. *decis. 90. err. 2.* Hæc notanda fuerunt, propterea quod Justinianus species sive exempla utriusque generis confusim proposuit.

Nisi arbitrio judicis satisfaciat) Ita hic loquitur quasi omnium actionum arbitrariarum hoc commune sit, quod in iis judex prius quam sententiam ferat, arbitretur sive jubeat reum aliquid facere; quod tamen quarumdam duntaxat est proprium, & non pertinet ad actiones arbitrarias: quæ sunt de eo quod certo loco, ut superius, demonstratum est.

(6) *Vel ex noxali causa*) Inter actiones arbitrarias numeratur hic & actio noxalis, id est, ea, quæ ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus aut litis æstimationem sufferat, aut servum noxæ dedat, *infr. de noxal. act.* In quo quidam putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrarias referri non posse: quoniam in his neque condemnatio arbitrio judicis committitur, ut in actione de eo quod certo loco, neque arbitrium aliquod judicis interponitur, unde pendeat sententia, ut in cæteris; sed judici præscribitur jure, quam sententiam ferat; nimirum ut postquam probatum est, servum noxam commisisse, dominum condemnet in necem, aut servum noxæ dedere. Quod cum statim & conjunctim facere jubeatur, judici hic adimi omnem arbitrii interponendi facultatem, cui parendo liceat condemnationem evitare. Nos tamen excusare Tribonianum malumus, hoc scilicet colore, quasi non ideo actiones noxales inter arbitrarias numeraverit, quod putarit, eas semper esse arbitrarias, sed quia tales sunt interdum. Et sane ita res se habet, (quicquid in contrarium disputet Ant. Faber *decis. 92. art. 5. & 7.*) Interdum noxalis actio non est arbitraria, interdum talis est. De quo sic habendum. Ex quibus causis directa, seu ea, qua dominus ex suo maleficio convenitur, arbitraria non est, ex iisdem causis nec noxalis arbitraria erit: & contra, quæ ex causa directa est arbitraria, ex eadem causa noxa, lis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non est propria species actionis, sed actionis ex delicto adjecto, cujus adjectionis hic tantum effectus est, ut liceat domino ditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *leg. 1. denoxat. action.* Et cum igitur actiones hæ, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, si ex maleficio domini adversus dominum agatur, arbitrariæ non sint, nec arbitrariæ erunt, si dominus his non aliter conveniatur nomine servi. Ratio est, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est, quæ in directa, nisi quod in noxali disjunctio est, ut dominus solvat, aut servum noxæ dedat; at hoc fit simul & conjunctim nullo præcedente de noxæ deditione arbitrio. Ex diverso cum actio quod metus causa, & actio de dolo sint arbitrariæ, cum adversus aliquem directo & nomine suo intenduntur, etiam arbitrariæ erunt, cum intentantur nomine servi noxaliter: quod fieri posse constat, *leg. quod diximus, 16. quod met. caus. l. 9. §. penult. de dol.* Tantum arbitrium judicis, quod in actione directa continet solummodo justum de re restituenda, in noxali adjunctum habet jussum de servo noxæ dedendo, sub disjunctione, ut dominus rem restituat, vel servum noxæ dedat, ut si neutrum horum fecerit, sequatur condemnatio; qualis in actione directa. Ita & D. Duaren. *de in lit. jur. num. 47.* D. Donell. *hic num. 12.*

Veluti Publiciana, Serviana) Duas. profert species actionum in rem, Publicianam & Servianam seu

seu hypothecariam; quas arbitrarias esse declarat. De hypothecaria etiam est textus in *leg. si fundus*, 16. §. *de pignor.* (7) An igitur hæ solæ in hoc genere sunt arbitrariæ? Nequaquam. Nam vel maxime arbitraria censenda est actio in rem civilis, sive rei vindicatio: quippe in qua præcipue arbitrium judicis de re restituenda locum habet, & re non restituta, ea, quam supra diximus, in juratam litis æstimationem condemnatio, *leg. ejus rei*, 46. *cum leg. seq. de rei vind. dic. leg.* 5. & *l.* 8. *de in lit. jur. leg. ult. de fidejuss.* nisi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur, & res possessori aufertur, juxta *leg. qui restituere*, 68. *de rei vind.* Quod enim Ulpianus ibi ait de re æstimanda jurejurando in litem, eo casu, quo res dolo fecit, quo minus rem restituere possit; id non ita accipiendum est, quasi hoc solo casu locus esset jurijurando in litem; sed quod isto casu jusjurandum illud sit necessarium, cum in casu prius posito, ubi res penes contumacem est, possit etiam non jurari, & desiderante actore res auferri manu militari. Sed & si quæ sint aliæ in rem actiones, sive civiles, ut confessoria & negatoria; sive prætoriæ, ut rescissoria, omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eamdem æquitatem arbitrii & restitutionis admittunt, eumdemque exitum condemnationis habent, ut significatur regula generali tradita in extremo *dict. leg. qui restituere*, 68. Itaque male nonnulli hinc removent ipsam rei vindicationem, eamque collocant inter actiones stricti juris; quod vel ex sola formula hujus judicii intelligi potest. In summa, omnes in rem arbitrariæ, exceptâ petitione hæreditatis, quam placuit esse bonæ fidei: & ideo licet & ipsa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei potestate hoc habet, non arbitrii conditione, a qua sola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus causa, aut dolo malo) Actionem quod metus causa arbitrariam esse, etiam Ulpian. scribit in *leg. item si*, 14. §. *hæc autem actio*, 4. *quod met. caus.* Idem de actione de dolo tradit Paul. in *leg. arbitrio*, 18. *de dol.*

Quod certo loco) Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum a cæteris distet, superius expositum est.

Ad exhibendum) Actionem ad exhibendum esse ex numero arbitrariarum, palam est: quoniam in ea quoque fit idem, quod in superioribus. Nam postquam actor docuit, sua interesse rem exhiberi, jubetur reus exhibere: nisi exhibeat, condemnatur, quanti actor in litem juraverit, *l.* 3. §. 2. *ad exhib. l.* 2. §. 1. *l.* 4. *in princ. de in lit. jur.* Juratur autem hic non quanti æstimetur ex affectu res, quæ exhiberi postulatur, sed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

Et cæteris similibus) His verbis significat, non solas actiones, quas nominavit, arbitrarias esse, sed esse plures hujus generis, quæ hic recensitæ non sunt. Ex actionibus in rem in numero arbitrariarum tantum posuit duas Prætorias, Publicianam, & hypothecariam, sed addita particula *veluti*, ut intelligeremus, præter eas quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrarias esse, nos autem tales esse ostendimus, quoquot sunt in rem sive civiles sint, sive prætoriæ. Ex iis, quæ sunt in personam, præter eas, quæ hic nominantur, arbitraria est actio rerum amotarum *leg.* 8. §. 1 *de act. rer. amot.* Ejusdem quoque generis est actio Flaviana, *leg.* 5. *si quid in fradu. patr.* item Paulina, *arg. leg.* 8. *l.* 10. §. *& fructus*, 20. *quæ in fraudem cred.* Anton Faber. *decis.* 93. *err.* 5. & 6. Actio ex edicto de publicianis, *leg.* 1. *in princ. l.* 5. *de publician.* Denique arbitrariæ habendæ quotquot sunt in personam ad restituendum, dum non sint bonæ fidei. Plane in actionibus quoque bonæ fidei, quæ sunt ad restituendum, quales sunt, commodati, depositi, locati, pignoratitia, eodem modo quo in arbitrariis res transigi solet, ut prius interponatur arbitrium de re restituenda, & nisi arbitrio paritum sit, jurejurando actori lis æstimetur, *leg.* 3. §. 2. 2. *commod. l.* 1. §. *in depositi*, 26. *depos. leg.* 5 *l.* 8. *de in lit. jur.* Sed tamen non ideo dicendæ sunt arbitrariæ: quoniam id non sola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, sed potestate bonæ fidei habent: quæ cum omnem speciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrii continet. Arbitrariæ vero hanc unam fere speciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri, quod conveniat naturæ actionis institutæ; post deinde condemnet, si arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo hujus §. *permittitur judici ex bono & æquo*, &c. Natura actionum bonæ fidei satis prolixa est, Costal. in *leg.* 7. *de eo quod certo loco*. Inter arbitrarias perperam Pacius *in not.* & D. Perez. *in erotemat.* collocant actionem redhibitoriam. Magis enim est, ut hæc bonæ fidei sit, *leg.* 1. §. 3. *de act. empt.* ubi diserte Jurisconsultus ait, redhibitionem judicio empti contineri.

TEXTUS.

Quinta divisio de incertæ quantitatis petitione.

32. *Curare autem debet judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiam si de incerta quantitate apud eum actu. est.*

NOTÆ.

32. *Quantum possibile ei sit*) Interdum enim natura rei id non patitur, veluti si plures res disjunctim, vel generaliter promissæ petantur: nam judex non potest electionem, quæ hic reo competit, ei adimere, in unam certam rem eum condemnando.

De incerta quantitate) Puta de eo, quod interest, cujus quantitas est incerta §, *ultim. supr. de verb. obl. l.* 68. *eod. l.* 24. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur placeat, sententiam sine certa re aut quantitate prolata non valere?*
2 *Certitudo sententiæ unde metienda?*
3 *Quibus casibus fiat, ut certa sententia ferri nequeat.*
4 *Etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam.*

(1) PRæceptum generale pertinens ad omnes actiones & judicia, sive bonæ fidei, aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita judex pronuntiare debet, ut sententia sua finem liti imponat & controversiam dirimat, *leg.* 1. *de re judic.* Etsi autem hoc semper fit, cum reus absolvitur, non fit tamen semper, cum condemnatur, nisi condemnatur, in certam rem aut quantitatem,

titatem, sive quod idem valet, nisi certa sententia feratur. (2) Etenim cum ex conceptione sententiæ non apparet, quid quantumcumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate censeri, *leg. pen. & ultim. Cod. de sentent. quæ sine cert. quant.* Donell. *num. 2. & seq.* Schneid. *n.* 22. Mynsing. *n.* 3. & communiter DD. *hic.* Enimvero certitudo sententiæ non ex eo solo metienda, quod judex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit: sed etiam eo, quod se ferat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum instrumentum, veluti si dicat: *Solve quod petitum est*, referens se ad certam partem actorum, atque ex actis const-t, quid quantumve petitum, aut *Solve quod illis codicillis continetur*, cum codicilii in judicio essent prolati, *l. 5. §. 2.* & ibi DD. *in l. sententiis, 59. §. 2. de re judic. l. pen. C. de sent. quæ sint cert. quantit.* Christ. *vol. 4. decis. 94. n.* 10. Sed etsi dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam partem actorum se expresse retulerit, nihilominus tamen plerique existimant valere sententiam ex ea parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quasi tacite ad eas se retulerit eas approbans pronuntiando, atque ita restringunt *text. in l. quid tamen, 21. §. 3. de rec. art.* Sin vero id exactis probatoriis non appareat, tunc hujusmodi sententiam non valere, etiamsi certa quantitas libello comprehensa sit: nam cum jus vetet ex assertione partis sententiam ferri, credibile non esse, judicem se eo referre voluisse: vid. Zas. in *leg. 5. §. 1. de judic.* Mynsing. *hic n.* 12. Schneid. *n.* 24. Matheslan. *sing.* 141. & qui omnium accuratissime distinguit Petr. Barbos. *ad tit. ff. solut. matrim. part. 5. rubr. n.* 47. Est ergo notandum, unquam sententiam a libello recipere interpretationem, nisi ad eum expresse habita sit relatio.

Quantum possibile sit) Hoc ideo addit, quia interdum rei peticæ natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu procul dubio incerta valere debet; veluti cum plures res disjunctim vel generaliter promissæ petuntur. Cum enim in his rei peticæ præstatio pendeat ex electione debitoris, §. *seq. vers. huic autem & seq.* non potest judex hanc ei adimere, in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum esse, & sententiam incertam valere, censent DD. in actione universali, qualis est petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ, item & maxime quando super accessionibus puta fructibus & expensis petitis, sententia fertur, eoque jure utimur. Christin. *dict. decis. 94. num.* 11. vid. plane 30. Joann. Faber. *hic num.* 12. *& seqq.* Non idem est in actionibus generalibus, puta tutelæ, pro socio, negotiorum gestorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur, sed quia in his res ante sententiam declarandæ sunt juxta *leg. 2. Cod. de judic.* Christin. *de loco num. 26.* certa hic sententia ferri debet. Quod quomodo procedat post Joann. Fab. Plat. docet Schneid. *hic n.* 4. *& n.* 30. Excipit Accursius & judicia noxalia: sed eo nomine merito reprehenditur: quoniam facultas noxæ dedendi est a lege *l. 6. §. 1. de re jud.* quod ipse alibi agnoscit, §. *infr. de offic. judic.*

Etiam si de incerta quantitate) Additum potissime propter obligationes faciendi, in quibus si factum non sit, quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest, *l. si quis, 13. §. 1. de re judic. l. si pœnam, 68. l. stipulationes, 72. de verb. obl. §. ult. supr. eod. tit.* (4) Hoc igitur vult Justinianus, etsi id quod interest, petatur, cujus quantitas incerta est, *d. l. si pœnam, 68. de verb. obl. l. quatenus, 24. de reg. jur.* nihilominus tamen certam sententiam ferendam, ut judex prius cognoscat, quanti interfit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, ita eamque summam reum condemnet, quod etiam fieri debere satis aperte præcipitur in *l. unic. Cod. de sent. quæ pro eo quod int.* Nec metuendum, nec hic judex videatur reum in aliam rem condemnare, quam quæ petita est: contra quam cautum *l. ult. C. de fideic. lib.* Nam quemadmodum scite a veteribus dictum est, eum qui frumentum ex spicis excutit, non novam speciem facere, sed eam, quæ est, detegere, *l. adeo, 7. §. cum quis, 7. in fin. de acq. rer. dom.* ita & judex, cum certam summam dicit ejus, quod interest, non aliam rem dicit, sed eam, quæ petita est, & quam actor intelligi voluit, explicat ita Dom. *hic n.* 5. Vulgo autem respondent, incertum & certum esse qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam, Mynsing. *hic n.* 4. Porro & alias quamvis incerta sit petitio, certa tamen sententia, quoad fieri potest, ferenda est, ut in actionibus generalibus, veluti pro socio, tutelæ, negotiorum gestorum, uti jam ante dictum est. In actione quoque arbitraria de eo, quod certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis incertum in petitionem deduci videtur, propterea quod in his omnibus judici permittitur ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat: sententia tamen semper certa esse debet.

TEXTUS.

De pluris petitione.

33. *Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est, rem amittebat: nec facile in integrum restituebatur a Prætore, nisi minor erat 26. annis. Huic enim sicut in aliis causis, causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat; ita & in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majores 25. annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint: quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petieris, aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit: Ephesi dare spondes? Romæ pu-*

si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit. Idque etiam Prætor demonstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est, qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita a te stipuletur, Hominem Stichum, aut decem aureos dari spondes? deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis, promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generalieer vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat; aut generaliter, purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat, plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit, quod quis petat; nihilominus plus petere intelligitur: quia sæpe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant, postea vero lex Zenoniana & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, qui statui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac causa acciderit, ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

NOTÆ.

33. *Vel ante conditionem*) Quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit ante agendo plus peti; veluti si quis dare promiserit, si morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, sed nihil agere, *leg. unic. in fin. quand. div. usufr. l. 36. de solut.*

Arbitraria esse actio proponitur) Quæ quam ob causam introducta sit, docet Cajus *l. 1. de eo quod certo loco.*

Ratio utilitatis, quæ promissori) Pluris petitio hic æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo se soluturum promisit.

Quia utilitas solvendi salva promissori) Id est ratio utilitatis, quæ promissori competitura fuisset: si alio loco solveret, non habetur: nam cum eo loco convenitur, qnod dare promisit, ejus nihil interest ratione loci. Fabrot.

Specialiter Tyriam) Quæ nobiliur est. Strabo *lib. 16.* Plin. *l. 5. cap. 19. & l. 2. cap. 8.* Eustath. *ad Odyss. 15.* ἐκείνῃσιν γὰρ ἡ νεία πορφύρα.

TIT. VI.

COMMENTARIUS.

1. *Qui ante conditionem petit, cum nihil consumere.*
2. *Pœna a Zenone constituta in eos, qui tempore plus petunt, a Justiniano in eos, qui alio modo.*
3. *Quid nunc fere in praxi circa hæc observetur?*

SUperius admonuit judicem officii sui in ferenda sententia. Hic actorem instruit ad actionem recte instituendam, formandumque libellum petitorium. Summa disputationis huc redit, ut petat actor, quod sibi debetur; ut petat, quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa, ex qua debetur. Si secus fecerit, placet interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum, ut postea intelligemus.

Causa cadebat) Ut discernerent omnes jus suum diligenter explorare, nec temere aliis creare molestiam, placabat olim, eum, qui plus quam sibi deberetur petierat, graviter mulctari, remque totam amittere, ut passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex oratione *pro Q. Roscio Comœdo*, fac. *l. 1. de int. inj. l. si pater, 36. de solut.* Hinc illud apud Plautum in *Mostellaria act. 3. scen. 1. v. 123. Velim quidem hercle ut uno nummo plus petat.* Id veteres dicebant *causa cadere*, item *formula cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone 1. *de Orat. cap. 36.* Sveron. *in Claud. c. 14.* Senec. *epist. 48.* Quintil. *l. 3. Inst. orat. c. 6.* dicimus.

Nec facile integrum restituebatur) Adversus amissionem causæ ob pluris petitionem nemo a Prætore restituebatur, nisi ex iis causis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum restitutionem præbebant. Quarum duæ hic proferuntur, ætas personæ plus petentis, & justa errandi causa. Faciliores aliquando Principes fuerunt: nam de Claudio refert Svetonius *d. loc.* solitum eum fuisse restituere ex bouo & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidissent. VINN. Immo & Prætorem id aliquando feciſſe, discimus ex Senec. *Epist.* 84. ubi eleganti allusione & Philosophiam adversus captiones Sophistarum in integrum restituere ait. Locum ipsum habes paulo post ad verba. *Etiam majoris*. HEIN.

Nisi minor erat viginti quinque annis) Minori, qui errore ætatis & juvenili temeritate plus petendo causa ceciderat, Prætor causa cognita subveniebat per restitutionem in integrum ex edicto generali de minoribus, *l. 1. & passim de minoribus.*

Etiam majori) Ex illa parte edicti de majoribus restituendis. *Item si quæ alia mihi causa justa esse videbitur, in integrum restituam, leg. 1. in fin. ex quib. caus. maj.* Justi erroris, & quid ob id merito etiam in majoribus excusetur, causa est in hac specie: Titio centum testamento legata sunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota centum ex testamento petit. Item in hac, Testator dodrantem bonorum in testamento Sempronio legavit; deinde in codicillis nonnihil legavit Titio: Sempronius qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem integrum ex testamento petit. Justus in utraque specie error est, & qui ignosci oporteat; propterea quod ex alieni facti nascitur ignorantia, *leg. ultim. pro suo.* Alludit huc Seneca *Epist.* 48. *Quid enim aliud agitis,* inquit, *cum eum, quem interrogatis; in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? Sed*

quem.

quemadmodum illud Prætor, sic eos Philosophia in integrum restituit.

Atque ideo lege Falcidia legata minuebantur) Rectior erit sententia, si legamus, *ideo quod lege Falcidia, &c.* quippe ratio cur in proposito petitor plus petiisse videatur, quam dodrantem, hæc est, quod lege Falcidia legata ipso jure minuantur. Ut bene observavit D. Hotomann.

Plus autem quatuor modis) Pœnis plus petitionis non solum locus erat, cum quis re aut quantitate plus petiisset, se etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causa seu modo. Paulus 1. *sentent.* 10. *Causa cadimus*, inquit, *aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate. Loco, si alibi; summa, si plus, quam damus, petimus; tempore, petendo ante tempus; qualitate, ejusdem speciei rem meliorem postulantes.* Hæ quatuor species plus petitionis hoc loco explicantur a Justiniano.

Re, veluti si quis pro decem aureis, &c.) Re plus petere dicitur, qui majorem vel summam pecuniæ, vel partem rei, quam quæ sibi debetur, petit.

Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem) Plus quam debetur, sine controversia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur: ut hic subsit debitum quod peti possit, & præmature petendo amitti; §. 2. *de verb. obl. l. cedere*, 213. *de verb. signif.* junct. §. *temporales*, 10. *infr. de except.* (1) Sed quod additur, etiam eum plus petere, quam debetur, qui ante conditionem petit, incaute & perperam adjectum videtur. Etenim cum conditio suspendat obligationem, ita ut pendente ea nihil dum debeatur, §. *sua conditione*, 4. *supr. de verb. oblig. dict. leg. cedere*, 313. *de verb. signif. l.* 8. *de peric. & commod. rei vend.* quomodo dici potest, plus debito petere qui ante conditionem petit, hoc est, eo tempore, quo nondum ulla nata est obligatio? Quod si ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, consequens est, neque pœnam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita se habet. Qui ante tempus petebat, ideo rem consumebat, quia in judicium eam deduxisset, *dict.* §. *temporales*, 10. *infr. de except.* At pendente conditione cum nihil sit, quod debeatur, nihil quoque est, quod in judicium deduci, & deducendo consumi possit. Et ideo veteres eum qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit, ante diem, sed nihil agere *leg. unic. in fin. quand. dies usufruct. leg. cred.* & diserte nihil consumere, *leg. 6. pater*, 36. *de solut.* An igitur putamus hæc latuisse Tribonianum? Potius est, ut dicamus eum per conditionem intellexisse, non eam, quæ vere conditio est, scilicet, quæ an extitura sit, incertum est, & qua proinde pendente debetur: sed eam, quam veteres minus proprie conditionem vocant, nimirum, quam certum est omnimodo extituram esse, veluti, si quis, si morietur, vel cum morietur dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam tali sub conditione quod promissum est, pendere quoque ea debetur, *leg. nam si*, 17. *cum leg. seq. de cond. ind. leg.* 9. §. 1. *de novat.* Et igitur, *ante conditionem*, intellige, *quæ modo efficiat*, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit, ante agendo plus peti, quam debeatur.

Qua enim ratione qui tardius) Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur; nam contrariorum sunt contraria consequentia. Constat autem, eum, qui tardius solvit, minus solvere; quoniam emolumentum intermedii temporis adimit creditori. Sequitur ergo, ut qui solvit celerius, plus solvat; quemadmodum veteri proverbio dititur. *Bis dat, qui cito dat*, & qui celerius petit, plus petat: quoniam reliqui temporis commodo, quantum in se est, debitorem privat.

Loco plus petitur) Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco sibi dari stipulatus erat, alio loco pure petit. Quæ pluris petitio æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo solvturum spopondit.

Romæ pure intendat sibi dari) Pure intendere sibi dari oportere hic dicitur, ut intendit sibi dari oportere sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est, & omissa arbitrii formula, qua judici permittatur facultas æstimandi ex bono & æquo, quantum promissor solvere debeat. Nam pura intentio hic actioni arbitrariæ a regione opponitur.

Alio loco petenti arbitraria actio) Alio loco: quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distingueretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est in eam rem actionem utilem sibi arbitrariam comparare, *leg.* 1. *de eo quod cert. loc.* Hic ratione & actori consulitur, data alibi agendi facultate, nec reo fit injuria, cui alibi convento arbitrio judicis salva præstatur utilitas loci constituti. Illud hic obiter monendi sumus, quod passim dicitur, eum, qui certo loco dare promisit, posse quolibet alio loco arbitraria actione convenire, sit accipiendum, ut supponantur termini habiles, id est, modo locus sit idoneus, qualis est locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, *leg. hæreo*, 19. §. 1. *& deinceps de jud. l. contraxisse*, 21. *de oblig. & action.* Costal. *ad leg.* 1. *de eo quod cert. loc.* Perez. *in C. eod. n.* 1.

Quæ utilitas plerumque in mercibus) Constat, varia esse rerum pretia per singulas civitates regionesque; maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius & levioribus usuris pecunia invenitur, aliis difficilius & usuris gravioribus, *l.* 3. *de eo quod cert. loc.*

Proximus est, qui causa plus petit) Verbum causa variam admodum in jure civili significationem habet, & quæ facilius intelligitur, quam exprimitur. Hic autem significat modum, seu qualitatem obligationis, *l. obligationum*, 44. *in pr. & §.* 3. *de oblig. & action.* Paul. 1. *sent.* 10. Qui autem causa plus petit, idem fere peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quam ubi debetur, loci utilitatem adimit debitori; ita qui causa plus petit, promissori adimit utilitatem electionis.

Hominem Stichum aut decem aureos) Duæ sunt species plus petitionis ratione causæ, quarum altera hic proponitur, cum ex pluribus rebus disjunctim promissis una aliqua certa petitur: altera mox subjicitur, cum genere promisso, petitur certa species. In utraque autem specie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo aufertur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

Promissoris electio est) In disjunctivis obligationibus, id est: cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, *leg. plerumque*, 10. *in fin. de jure dit.* Et ideo qui electionem sibi non constituit, incertum stipulari dicitur, *leg. ubi autem*, 75. §. *qui illud*, 8. *de verb. oblig.*

Generaliter hominem stipulatus) Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis, *l. cum is*, 22. *in fin. de cond. ind. l. fidejussorem*, 52. *mand. l. ex pluribus*, 106. *de verb. oblig.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promisso certam ex genere speciem petit, quia is plus petere dicitur, qui pluribus disjunctim promissis unam earum petit simpliciter.

Et specialiter Campanum petat) Theophilus scribit, vinum Campanum omnium aliorum esse pessimum: cum tamen Cajus & Ulpianus ejus exemplum eo, quod optimum est, adducant, *l. stipulationum*, 74. *& leg. seq.* §. 2. *de verb. obl.* uti hic etiam Justinianus; quod vel puer viderit. Scriptores quoque cæteri vina Campana inter generosissima numerant; qualia sunt illa carminibus Horatii celebrata, *Cæcubum*, *Massicum*, *Falernum*, *Formianum*, *Calenum*. De regione Campaniæ Italicæ Florus *lib.* 1. *cap.* 16. ita scribit, *Omnium non modo Italia, sed toto terrarum orbe pulcherrima Campaniæ plaga est. Nihil mollius cælo; his floribus vernat. Nihil uberius solo: ideo Liberi Ceterisque certamen dicitur.* Et post: *Hic amicti vitibus montes, Gaurus, Falernus, Massicus, & pulcherrimus omnium Vesuvius.* Eadem fere ora Campaniæ habet Plinius *lib.* 3. *cap.* 5. unde videtur Florus sua decerpsisse.

Tyriam) Purpuram omnium pretiosissimam, teste Strabone, *lib.* 16. add. Plin. *lib.* 5. *cap.* 10. *lib.* 21. *cap.* 28. Punicum purpuræ colorem procreat Africa, id est, quasi violaceum: Tyrus autem rubeum, auctore Vitruvio *lib.* 7. *cap.* 17.

Licet vilissimum sit) In pluris petitione ratione causæ plus non tantum æstimatur ex pretio & valore rei, sed etiam facultate solvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpe enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

Sed hæc quidem antea) Quibuscumque modis ex quatuor, quos Justinianus exposuit, plus petitum esset, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor causa caderet. (z) Sed postea ab hac recessum est, & in eos, qui tempore plus peterent, alia pœna constituta a Zenone; in eos, qui alio modo, a Justiniano. Quid a Zenone cautum fuerit, exponitur *infr. de except.* §. *temporales*, 10. nimirum ut adversus eum, qui ante tempus petiit, duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis non reus actionem suscipere cogatur, quam impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur. Epitomem ejus ex Basilicis erut Cujac. *lib.* 12. *observ.* 21. Adversus cæteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait, ut si quid ex pluribus petitione, damni senserit adversarius, id petitor triplo compenset. Justiniani quoque hæc constitutio intercidit, & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur. Refert se hic ad §. *tripli*, 24. *supr. h. t.* ubi nominatim agit de eo, qui majorem debitæ quantitatem petit, idque dolo malo, ut viatores majores exigerent sportulas: hic autem loquitur, ut videatur velle pœnam tripli, etiam extra causam doli, obtinere, eadem pœna mulctari eos quoque, qui dolo & causa plus petunt, ut hic tripletur omne damnum, quod reo per causam injustæ petitionis illatum est. (3) In praxi neutra prædictarum constitutionum observatur, quo facilior earum jactura est. In toto enim Belgio, Gallia, aliisque Regionibus eo nunc jure utuntur, ut si quantitate aut summa plus petitum sit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquido debentur, centum, reus si nihil obtulerit, condemnetur in omnes litis expensas, idque propter moram, cum partem, quam se debere non ignorabat, offerre debuerit. Si vero reus partem debitam offerat, actor in lite perseverans reo in expensas condemnatur. Quod si certum corpus, quod nostri speciem, Philosophi individuum appellant, petitum sit, veluti fundus, & pars injuste possessa non offeratur, impensæ, quasi in mutua victoria, compensantur. Idemque est, si debitum non sit liquidum: nam tunc debitori imputari non potest, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita absolvitur reus, ut salvum jus actori maneat conveniendi reum in loco constituto, & in expensas illius instantiæ actor condemnatur, juxta *l. properandum*, 13. §. *sive autem*, 6. *C. de judic.* Idem est, si ante tempus agatur, aut si quod sub disjunctione debetur, petatur simpliciter. Nam & hic solet judex reum ab observatione judicii absolvere cum expensis salva facultate actori conveniendi reum, cum dies venerit, vel petendi disjunctim, quod simpliciter petitum fuerat. Rebuff. *ad constit. Reg. proœm. tom.* 1. *n.* 53. Imbert. *lib.* 2. *Instit. forens. cap.* 151. Papon. *lib.* 8. *tit.* 1. *arrest.* 2. & 3. Anton. Fab. *C. suo de plus pet. in fin. unic.* Tuld. & Perez. *Cod. eod.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 57. ubi plures alleg. add. Covarruv. *lib.* 1. *var. resol. cap.* 2. *n.* 5. Menoch. *de arbitr. jud. lib.* 2. *cent.* 2. *cas.* 177. ubi late tractat, quæ sit justa litigandi causa, ut in lite succumbens excusetur ab expensis.

TEXTUS.

De minoris summæ petitione.

34. *Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderet: aut si cum totius fundi jus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium eodem judicio ei condemnat ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.*

COMMENTARIUS.

MInus non quatuor modis, ut plus, sed uno tantum nempe re petitur, ut exempla hic proposita declarant. Ac de loco quidem & causa manifestum est: de tempore vero dubitari posset. Nam si tempore & plus peti & minus solvi potest, ut superius diximus: videtur etiam & minus peti & plus solvi eodem posse. Sane si plus petit, qui ante tempus petit; plus etiam solvit, qui ante tempus solvit. Quin etiam dialectica ratione disputari posset, sin minus solvit, qui post tempus solvit, minus etiam petere, qui post tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem sermonis consuetudinem, neque in usum fori & judiciorum cadit: quoniam neque quicquam nisi post tempus exactum debetur; & id ipsum non numquam longo post intervallo petitur.

Sine periculo agat) Qui minus petit, quam sibi debetur, etsi non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod sibi vere debetur: & quia minus petendo nul-

dō nulla fit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis pœna est: licetque actori comperto errore suo actionem postea murare, & totum quod debetur, petere. Nam & alias cuilibet liberum est ab initio actionem dividere, partemque petere, salvo jure reliquum postea petendi.

Eodem judicio) Quomodo hoc accipiendum sit, videbimus §. *seq.*

Ex constitutione Zenonis) Epitome constitutionis Zenonianæ, qua Justinianus ait, Potestatem judici permitti in casu proposito, etiam in reliquum quod sibi apparebit deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prodita est a Cujacio *lib.* 12. *observ.* quæ novis in editionibus est, *leg.* 1. *Cod. de plus petit.* Constitutionem ipsam non habemus.

TEXTUS.

Si aliud pro alio petatur.

34. *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit quod ex stipulatu debetur.*

NOTÆ.

35. *In eodem judicio*) His verbis non tam denotatur judicii unitas, quam negotii apud eumdem judicem sine nova interpellatione (quod olim necessarium erat) continuatio: proprie enim judicium ibi esse dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis contestatio. Bachov.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit emendare actionem, quid mutare?*
2 *Quamdiu emendare vel mutare actionem liceat?*
3 *Praxis horum temporum.*

SI *quis aliud pro alio petat*) Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, constat, eum non petere quod debetur, & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quominus cognita veritate errorem suum, & quidem eodem item judicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quam ex qua debetur, puta ex testamento, cum debeatur ex stipulatu; quo casu, cum idem petatur ex alia tantum causa, nequaquam dici potest, quod Theophilus scribit etiam hic aliud pro alio peti: & magis est, ut dicamus Justinianum plus sensisse, quam scripsisse. Illud semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem suum corrigere) Potest igitur actio semel edicta postea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit. Extat de ea re constitutio Severi & Antonini in hæc verba, *Edicta actio speciem futuræ litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas, l.* 3. *C. de edend.* (1) Emendatur actio, cum mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis. Mutatur, cum repudiata vetere instituitur nova, veluti si actor aliud pro alio, aut idem ex alia causa petere instituat. Perez. *C. de edend. n.* 7. Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas; & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacumque quis experiri velit: proinde si quis nova experiatur, etiam hanc edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum cederet, an contendere malit, *l.* 1. *de edend.* Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa sive mutatio sine damno adversariis fiat: ideoque qui temere adversarium suum in jus vocavit, is ei viatica & sumptus prioris litis reddere tenetur, *l. eum qui* 79. *de judic.* Dom. *in d. l.* 3. *C. de edend. n.* 3. *& seqq.* D. Perez. *d. loc.* Illud quæritur, quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum ante litem contestatam tantum, an vero etiam postea. Ego puto, jus actori & nunc esse & olim fuisse actionem emendandi vel mutandi, non solum ante, de quo inter omnes convenit, sed etiam, quod plerique negant, respectu mutationis, post litem contestatam, per *l. fidejussor*, 32. *de neg. gest. l. locum indemnitum* 57. §. 1. *de cond. in d. l.* 4. §. *ult. de nox. act. l. cum fundum* 18. §. 1. *undi vi*. Eaque haud dubie est etiam sententia Imperatorum in *l.* 3. *C. de edend.* & Justiniani *hic*. Cæterum jure veteri eo casu opus erat alio judicio novaque interpellatione, *l. non potest* 32. *de jud. l. ut fundus* 1. *com. div.* Jure autem novo actori etiam post litem contestatam permittitur corrigere errorem suum, & mutare libellum petitionis in eodem judicio, ut hic diserte cautum est, Don. *ubi sup. n.* 17. Perez *de loc. n.* 7. quamquam existimo, his verbis non tam judicii unitatem denotari, quam negotii apud eumdem judicem sine nova in jus vocatione continuatione: ut in hoc saltem novum jus distet ab antiquo, quo nova interpellatio desideraretur, & Prætor in integro adeundus erat, ut aliud judicium daret. Sane non video, quomodo alioqui recte defendi possit, idem judicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio. Quod quidem negari non potest. Nam si reus post novam actionem editam, & inducias ad deliberandum denuo concessas, ad contradicendum venerit, utique contradictione sua novam litem facit: ut etiam differit Bachovius *hic*. (3) Interpretum in *l.* 3. *C. de edend. & ad hunc* §. communis sententia est, libellum quidem emendari posse usque ad sententiam definitivam, mutari autem non posse, nisi usque ad litem contestatam, atque adeo ne partim quidem consensu: quoniam litis contestatio & alii actus substantialis judicii partium consensu tolli non possunt. Quæ sententia usu quoque forensi recepta dicitur Gail. 1. *obser.* 74. *n.* 4. *& seqq.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. tit. 1. *cap.* 5. *& 6.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 88. *n.* 11. quamquam de fori nostri usu contrario testetur Groenevv. *de leg. abrog. hic*. Plane si probari potest, per ignorantiam advocati in concipienda conclusione erratum esse, etiam mutatio usque ad sententiam permitti solet: sed non nisi ad postulationem litigatoris impetrata restitutione in integrum, & cum refusione expensarum, Merul. *d. cap.* 6. Christ. *vol.* 2. *dec.* 104. add. Groenevv. *dict. loc. & ad tit. Cod. de error. advocat.*

TEXTUS.

Divisio sexta. De peculio.

36. *Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servire agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus, paterve condemnatur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculio intelligi debeat, suo ordine proponemus.*

COMMENTARIUS.

REdit hic Imperator ad institutum, quod interrupit, §. *curare* 32. *sup.* proponitque ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet, declarat, quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est, quod quædam sunt actiones, quibus solidum quod nobis debetur, consequitur; quædam, quibus modo solidum, modo minus. Quominus semper solidum consequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio constituta est; quod explicatur *hoc* §. aut beneficium reo tributum, ut in id tantum teneatur, quod facere potest; cujus generis actiones quædam proferuntur, §§. *seqq. & ultim.* aut mutua creditoris obligatio; de quo §. *seq. vers. propter retentionem*, & §. *pen. eod.*

Si in peculium filii servire) De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias & servorum adversus patrem & dominum, §. *actiones* 10. *supra eod.* Hac actione non semper solidum consequimur; quia adjectio illa de peculio significat, constitutam illam esse, quatenus est in peculio, ut siquidem non minus sit, quam persequimur, in solidum dominus & pater condemnetur: si vero minus inveniatur, quatenus in peculio sit, *d.* §. *actiones* 10. & §. *præterea* 4. *tit. seq.* Quod in peculio servi filiive habendum, item de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, alibi expositum est.

TEXTUS.

De repetitione dotis.

37. *Item si de dote in judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, ideſt, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est: quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.*

NOTÆ.

37. *Quatenus facultates*) Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honeste, deducto scilicet eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta. *l.* 29. *in fin. l.* 30. *de re jud. l.* 6. *de cess. bon. l.* 173. *de reg. jur.* & in eo tempus rei jud. spectatur, *l.* 5. *sol. matr.*

Ob impensas) Olim non modo necessarias, sed etiam utiles, *l.* 1. *cum seqq. de impens. in res dot.* Hodie retentio permissa ob necessarias impensas dumtaxat, *l. unic.* §. 5. *C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, tum quæ sint istæ impensæ, cognosco ex *l.* 5. *de imp. in res dot. l.* 56. §. *ult. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1 *Beneficium competentiæ quibus & quas ob causas detur?*
2 *Quibus personis præter maritum in causa dotis idem beneficium tribuatur?*
3 *Rei dotalis retentio quibus ex causis marito olim concessa: & quid hic novi a Justiniano?*
4 *Ex quibus causis reo detur retentio extra causam dotis?*

(1) SUnt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in tantum, quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentiæ. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur, partim ob personam rei, cum qua agitur. Ob causam soli donatori ex causa donationis conventio, §. *suq. in fin.* Ob personam rei variæ ob necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, socii, &c. Ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in temp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, *l.* 6. *l. item militem* 18. *de re jud.* Denique ob solam commiserationem: unde ei, qui bonis suis cessit, tribuitur, §. *ult. inf. eod.* & interdum filio emancipato, *l.* 2. *quod cum eo qui in al. pot. l.* & *exhæredatum* 49. *de rei jud.*

Si de dote mulier agat) Eleganter Thod. Hermop. ad *l.* 73. *de reg. jur.* Αἰσωπίτατα ὁ νόμος παρῄνεσεν ἐᾶσαι τῇ θεὶς καὶ πρεῖλιν συγχωρῆσαι τῷ βίᾳ, πάντος ἀπογυμνῶσαι τὸν ἄνδρα. *Puduit legislatorem ei, quæ heri nudiusve tertius consors omnis vitæ fuit, facultatem dari spoliandi maritum rebus omnibus.* Non autem marito tantum adversus uxorem, sed etiam uxoris adversus maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris socero de dote convento, *l. patronus* 17. *l. non tantum* 20. *cum l. seq. de jud. l. rei judicare* 15. *in fin.* & *l. seq. solut. matr.* Ex diverso idem quoque honos habetur patri uxoris, si ex promissione dotis a genero conveniatur, *leg. ex diverso soluto matrim.* nisi jam dissolutum sit matrimonium, *l. sicut*, 21. *leg. seq. de re jud.* Quod autem, si dote mulier agat, exempli tantum causa dicitur. Nam non solum maritus, cum ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cum ex aliis contractibus, *d. l. non tantum* 20. *de re jud.* nisi soluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, *l. divortio* 55. *de neg. gest.* Atque hoc jure etiamnum utimur. Zypæus *not. jur. Belg. de jur. dot. in fin.*

Propter retentionem) Diximus, mutuam creditoris, ejusdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne res in solidum condemnetur. Id consequitur non tantum per compensationem proprie dictam, cum quantitates utrinque debitæ compensantur, de quo §. *pen. inf.* sed interdum etiam per retentionem, cum fundum aut alia species ab eo petitur, & vicissim actor pecuniam debet. In causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipso donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non modo ne-

neceſſarias, ſed etiam uriles. Juſtinianus autem, ſublata ex omni alia cauſa retentione, ſolam reliquit eam, cejus hic fit mentio, nempe quæ fit ob impenſas neceſſarias, *l.* 1. §. *taceat* 5. *C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ ſint iſtæ impenſæ, cognoſce ex *l.* 5. *de imp. in rem dot. l. ſi is qui* 56. §. *ult. de jur. dot.* Extra cauſam dotis retentio reo tribuitur ex his & ſimilibus cauſis: ſi rem, quæ petitur, alii pignori obligatam, pecunia ſua liberavit, *l.* 1. *quib. mod. pign. ſolv.* ſi pignus in aliquam ſummam nominatim acceptum pro alia ſumma, quam eidem poſtea ſine pignore credidit, retineat, *l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. temp.* (4) Item ſi in rem alienam, quæ petitur, ſumptus fecerit, ſecundum diſtinctionem alibi traditam; vid. *leg. in fundo* 38. *l. ſumptus* 48. *de rei vind. l. ſi aurea* 33. *de cond. ind.* §. *ex diverſo* 30. *cum aliquot ſeqq. ſup. de rer. diviſ.* Materiam retentionis diſtincte tractat Joann. Fab. in *dict. l. un. C. etiam ob chir. pec.* & Coſtal. in *l. in rebus* 18. 8. *poſſunt* 2. *comm.* add. Papon. *lib.* 6. *art.* 4. *art.* 21. Rebuff. ad *l. non poteſt* 117. *de verb. ſign.*

TEXTUS.

De actione adverſus parentem, patronum, ſocium, & donatorem.

38. *Sed & ſi quis cum parente ſuo, patronove agat, item ſi ſocius cum ſocio judicio ſocietatis agat; non plus actione conſequitur, quam adverſarius ejus facere poteſt. Idem eſt, ſi quis ex donatione ſua convenialur.*

NOTÆ.

38. *Socius cum ſocio*) *D. l.* 6. Quia ſocii inter ſe quodammodo fratres: *l.* 63. *pro ſoc.* πέφυκε γὰρ ἐπὶ χαρᾶς ἀδελφὸς, Theod. Hermonopol. ad *l.* 173. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

CUM parente ſuo patronove) *L. ſunt quidam*, 16. & *l. ſeq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent; ac proinde & matri itidem concedendum: *Gutier.* 2. *prax. qu.* 18. *n.* 2. Patrono datur obſolam reverentiam, quam ei debet libertus, *l.* 9. *de obſ. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque ſtatuunt, nec liberos a parente, ultra quam facere queunt, conveniri poſſe. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum eſt: *l. patronus*, 17. *de re jud.* VINN. Rationem, cur patrono idem beneficium tribuatur, quod parenti, jam ſupra vidimus, quia ſcilicet liberto loco parentis erat. Vid ſupra *tit. de ſucceſſ. libert.* & add. Lactant. *Inſt. Div. IE.* 3. HEIN.

Item ſi ſocius cum ſocio judicio ſocietatis) Igitur ſocio omnium bonorum ſemper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi *d. l. ſunt quidam*, 16. Nam omnium bonorum ſocio, cum convenitur judicio ſocietatis, *leg. verum*, 73. *in princ. pro ſoc.* Quo loco etiam indicatur ratio ob quam placet ſocium hoc privilegio frui, nimirum quia ſocii inter ſe quodammodo fratres ſunt. Quod ſi ſociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indulſunt, multo veris fratribus idem concedendum? cum etiam fratri inopi alimenta debeat. Theſaur. *dec.* 11. Chriſtin. *vol. decis.* 143. *n.* 2. D. Tuld. *comm. h. t. c.* 19. Plane non alias ſocius hoc beneficio juvatur, quam ſi confiteatur, ſe ſocium eſſe. Negantem ſe ſocium, placet, in ſolidum condemnari, *l. ſi unus*, 67. *in fin. proſoc. l. ſed ho.*, 22. §. 1. *de re jud.* Noſtris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter ſocios habetur ratio, ſed ſola ſpectatur rerum communio, conventique in ſolidum condemnantur, Gothof. *in l.* 17. *de re jud.* Groenevv. *del abrog. hic.*

Ex donatione) Is quoque, qui ex liberalitate ſua convenitur, in id tantum, quod facere poteſt, condemnatur, *l. Divus*, 28. *de reg. jur.* & quidem is ſolus deducto ære alieno, *l. inter eos* 19. §. 1. *de re jud.* Pinguius enim donatori ſuccurrere debemus, quam qui verum debitum ſolvere compellitur, ne liberalitate ſua inops fieri periclitetur, *l.* & *exhæredatum*, 49. *cum l. ſeq. eod.* Et ita utimur, *conſult. JC. Bat.* pag. 1. *conſ.* 269. quamvis in Gallia nec hoc obſervetur. Bugn. *de leg. abrog. lib.* 1. *Satyr.* 12.

TEXTUS.

De compenſationibus.

39. *Compenſationes quoque oppoſitæ plerumque efficiunt, ut minus quiſque conſequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem cauſa præſtare oporteat, poterit judex in reliquum eum, cum quo actum eſt, condemnare, ſicut jam dictum eſt.*

COMMENTARIUS.

ETiam per compenſationem reus conſequitur, ne in ſolidum damnetur. Compenſatio tunc proprie eſt, cum res, quæ numero, pondere, menſura conſtant, utrinque debentur: ut oſtendimus ad §. *in bonæ*, 30. *ſup. eod.*

Compenſationes oppoſitæ) Etſi compenſatio ipſo jure actiones minuit, tamen in judicio opponenda & allegauda eſt, ut judex ſciat, eſſe, quod viciſſim debeatur, ejuſque in condemnatione rationem habeat: Hæc vero allegatio proprie exceptio non eſt, ſed nulla defenſio, quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis eſt, ſi quis ſe ſolviſſe aut ſibi accepto latam dicat: quod latius explicuit ad *d.* §. *in bonæ*, 30.

Plerumque) Hæc particula forte adjecta eſt, propter cauſam depoſiti, vectigalium, tributorum, &c. in quibus compenſationi non eſt locus, *l.* 3. *& leg. ult. Cod. de compenſ.* Fortaſſis etiam, quia liquidi tantum cum liquido compenſatio admiſſa: quod autem ex cauſa non liquida compenſandi gratia objicitur, alii judicio reſervandum, niſi initio litis per modum exceptionis objiciatur, *d.* §. *in bonæ*, 30. *l. ult. de compenſ.*

Ex eadem cauſa) Hæc verba Theophilus non agnoſcit. Et ſane etiam quod ex diverſa cauſa debetur, compenſandi poſſe conſtat, *paſſim* tit. ff. & Cod. *de compenſ.* Paul. 2. *ſent.* 2.

TEXTUS.

De eo qui bonis ceſſit.

40. *Cum eo quoque, qui creditoribus ſuis bonis ceſſit: ſi poſtea aliquid acquiſierit, quod idoneum emolumentum*

habetur, ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

NOTÆ.

40. *Qui bonis cessit.* Ex Ulpiano, *l. 4. de cess. bon.* *Idoneum emolumentum*) Non modicum, sed quod alicujus momenti sit, quo Prætor moveri possit, *l. 6. l. 7. eod.* *Ex integro*) Id est, ἐξολοκλήρου, de intrego, rursus, denuo, non εἰς ὁλοκληρον, in solidum.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit facere posse, & quod hoc reo retribuat?*
2 *Quibus rebus deductis id æstimetur?*
3 *Quale sit hoc beneficium, personæ, an rei cohærens?*

(1) HIC iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentiæ, solidum quod debet, solvere compellitur: si nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, nisi bonis cedere malit, *l. 1. C. qui bon. ced.* nam bonorum cessione pœnam carceris evitare potest, utique si sua non malo more amisit, prodegit, aut fraudulenter alienavit, *l. si quis dolo, 51. de rejud. l. rerum, 63. §. hoc quoque, 7. pro soc.* add. Gomez. 2. *resol.* 11. *n.* 5. & *ap. leg. Taur.* 79. *n.* 2. Ben. Stracch. *de merc. tr. de decoctor. p.* 3. *n.* 9. Cæterum non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde si postea facultates aliquas, quæ modo alicujus momenti sint, iterum acquisierit, denuo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum, quod amplius debet, sed solum quantum facere potest, damnetur, *l.* 4. *l.* 6. & 6. *de cess. bon.* Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis late disputare non est hujus loci: videndi DD. *ad tit. ff. & C.* eo pertinentes, Schneid. *hic* Damhoud. *praxi c.* 70. Petr. Greg. 22. *synt.* 8. & *aliquot seq.* Afflict. *dec.* 348. & *seq.* Thesaur. *dec.* 36. & 182. Christ. *vol.* 4. *decis.* 123. ubi plurimos citat, qui ex professo hanc materiam tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum est, quale sit hoc beneficium, quod competentiæ vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, sitne beneficium personæ, an causæ. Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honeste, deducto videlicet prius, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l. inter eos, 19. in fin. l. cum ex causa, 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. in condemnatione, 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei judicatæ spectatur, *l. 15. solut. matrim.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant; sed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda; cum lautiori cibo neminem vesci, quam rusticum oporteat, & alius illi, quam huic cultus corporis conveniat. De quo Tiraq. *de nobilitate, cap.* 20. *n.* 143. & *seq.* Coler. *de proces. q.* 2. *c.* 3. *n.* 115. & *seqq.* Utrumque contra est, cum hoc beneficium cessat, quippe omnium actionum sine hoc beneficio hæc conditio est, ut quamvis reus solvendo non sit, solidum tamen præstare compellatur, aut de suo, aut si id non potest, aliunde, unde solvat, sumere, aut postulante creditore in carcerem ire, nisi paratus sit bonis cedere, *l. 1. C. qui bon. ced.* Atque ut creditor parcat carceri, omne tamen quod habet, condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem relinquatur: de quo vide Christ. *vol.* 4. *dec.* 113. *n.* 15. & ibi allegat. Hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in donatione æstimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno; in cæteris, etiam non deducto: pinguius enim donatori succurri placuit, quam veris debitoribus, *l. sunt qui, 16. l. inter eos, 19. in princ. & §. 1. l. & exhæredatum, 49. de re jud. l. 12. de donat.* (2) Inter eos, quibus ex simili causa debetur, occupantis conditio melior: nec deducitur, quod ejusdem conditionis omnis debetur, *d. l. int. eos, 19.* ubi vid. Don. Denique si actor eadem paupertate, qua reus, prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationis præponderat rigor juris, magisque debitorem, quam creditorem, agere convenit. Zas. *ad l. 12. & seqq. solut. matr. n.* 20. Coler. *p.* 2. *c.* 3. *n.* 121. D. Tuld. *comm. in hunc tit. c.* 19. (3) Beneficium hoc personale est, non causæ, sed personæ cohærens: & ideo nec in hæredem transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri hæredes exiterunt, *l. 12. & sup. l. etiam filius, 18. solut. matrim. l. 14. & seq. de re jud.* add. Pet. Fabr. *ad l. Divus, 28. de reg. jur.* Gomez. *in l. Tauri, 50. & tres seqq. n.* 49. Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium prosit: quippe cum fidejussor totum quod præstitit a reo principali repetere possit, *l. & si fidejuss. 23. de re judic.* Neque hoc iniquum aut absurdum est: quoniam relatio, quæ est inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor dando fidejussorem tacite exceptioni competentiæ renuntiare videtur? utique enim agimus fidejussorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum sit, §. *ult. inf. de replic.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur; tamen quod creditor a reo consequi non potuit, recte exiget a fidejussore: quoniam eodem jure non electione & litis contestatione, sed demum solutione obligatio perimitur, *l. ult. C. de fidejuss.* Don. *ad dict. leg.* 34. *de re jud.* Bachov. *hic*, fuse Hering. *fidejuss. cap.* 27. *part.* 4. *n.* 80. & *seqq.* Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quæ domini foret, si cum ipso ageretur, *l. aliæ causa, 14. solut. matrim. l. verum, 63. §. 1. pro soc. l. minor. 51. §. 1. de prod.*

TITULUS SEPTIMUS.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Dig. Lib. 14. *Tit.* 5. *Cod. Lib.* 4. *Tit.* 16.

Continuatio, & summa tituli.

JUre civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem, qui contrahentem in potestate habet, §. *actio-*

§. *actiones*, 10. tit. *præced.* Nam etsi jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant: non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus Prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur, quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso. Sub finem adjicitur casus, quo ex contractu filii pater non obligatur, cum ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, quæ in peculium filiorum, servorum agitur, opus est, ut de hac actione & de cæteris, qua eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem fere jura servantur, ut verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie servetur, separatim ostendemus.

COMMENTARIUS.

S*Uperius mentionem habuimus*) §. *actiones*, 10. *præc. tit.* ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras, quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat.

Fere eadem jura servantur) Merito adjecit particulam *fere*. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, §. *item inutilis*, 6. *sup. de inut. stip. l.* 14. *de obl. & act.* filii autem familias obligantur, & cum iis agi tamquam cum patribusfamil. potest, *l. si filiusfam.* 39. *d. tit.* Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter Senatusconsultum Macedonianum, §. *pen. inf. eod.* Præterea si servus fidejusserit, rem peculiarem non agens, si liberum se mentitus judicium acceperit, compromiserit, jusjurandum detulerit, ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Diversum est in filiofamilias, *l.* 3. §. *filiusfam.* 5. *& seqq. l.* 5. §. 2. *de pecul.* Postremo quia servi peculium: simplex est & unius generis, totum in domini, a quo profectum est, potestate, dominus ex contractu servi sine distinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, sed de eo tantum, quod ipse totum in potestate habet, cujusmodi hodie solum est profecticium; de quo plura scripsimus ad §. *actiones*, 10. *sup. tit.* In cæteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis & filiisfam. servantur. De servis autem quæ tractantur, satis constat, usum hodie non habere.

TEXTUS.

De servis quod jussu.

1. *Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum Prætor adversus dominum actionem polliceatur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.*

COMMENTARIUS.

SI jussu domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio quod jussu daretur, atque adeo in solidum: nam quodammodo cum eo ipso contrahitur, qui jubet. Ulpian. *l. in princ. quod. juss.* Ait Jurisconsultus *quodammodo*, vere enim non cum domino, qui jussit, sed cum servo contrahitur: sed alioqui cessaret actio quod jussu, ut accidit, cum dominus servi tantum ministerio utitur, ipse autem contrahit; veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu quod jussu non competere, sed domino condici, scriptum est in *leg. ult. quod jussu*, fac. *l. qui autem*, 14. cum *l. seq. de pec. const.* Sic ubi pater in contrahendo filio nudo ministerio utitur, ipse solus, non filius obligatur, *l.* 4. *C. h. t. dict. leg. ult. quod juss.* At si filius jussu patris contraxerit, uterque tenetur, pater quod jussu, filius directo, *leg. pen. eod. l.* 3. §. *sed utrum*, 4. *de minorib.* Jussum autem domini hic accipere debemus, sive jusserit, sive ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit, *leg.* 1. §. 1. 3. 4. *& 6. ff. quod juss.* VINN. *Jussum* autem proprie de patre & domino dicitur, ut *mandatum* de extraneis. Nam quia hoc consensu duorum constitit: pater filio non mandat, utpote qui unam cum illo personam constituit, sed *jubet*: quemadmodum tutor *auctoritatem*; curator *consensum* interponere dicitur. Accurate hæc distinguere solebant veteres. Quomodo *jussum* & *auctoritas* differant, docet l. 25. §. 4. *ff. de acquirend. vel omitt. hæred.* in qua nihil esse mutandum, contra virum eximium Jac. Gothof. *Comm.* 29. *ff. de reg. jur.* alibi ostendimus. Add. *Elem. nostra jur. civ. secundum ord. Inst.* §. 250. * *pag.* 130.

TEXTUS.

De exercitoria & institoria actione.

2. *Eadem ratione Prætor duas alias in solidum actione pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum, magistrum navi præposuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo, ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Ex his tamen duas actiones Prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat.*

NO-

NOTÆ.

1. *Cum quis tabernæ*) Taberna hic ἐργαστήριον, statio, officina, Gloss. juris, *taberna*, ἐργαστήριον. Hinc tabernarius, *leg. 5. §. 7. de inst. act.* id est ἐργαστηριάρχης. Gloss. Gr. Lat.

COMMENTARIUS.

1 *Cum magistro & institore ipso etiam directo agi posse: quamquam in praxi hoc non receptum.*
2 *Si plures exercent, singulos in solidum teneri: sed apud nos hoc non obtinere.*
3 *Exercitatores non habere actionem adversus contrahentes cum magistro aut institore.*
4 *In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observandum legem præpositionis: ubi multa notabilia.*

SI quid cum servo, quem dominus magistrum navi præposuit, contractum sit ejus rei causa, cui præpositus est, ad eam rem actio adversus dominum edicto Prætoris constituta est, quæ exercitoria appellatur, *tit. ff. & C. de exerc. act.* Similiter si quid cum servo, quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit: in domino eo nomine actionem Prætor pollicetur, quæ dicitur institoria, *tit. ff. & C. de inst. act.* Illa a præponente, qui exercitor dicitur, nominata est; hæc a præposito seu institore propter commoditatem sermonis. Utraque eamdem æquitatis rationem habet, quam superior illa quod jussu, nimirum, quia voluntate domini negotium gestum, ac proinde cum eo ipso quodammodo contractum intelligitur, §. *ult. inf. eod. l. si institore, 29. de reb. cred.* unde merito etiam in solidum utraque proposita est.

Ad quem quotidianus navis quæstus) Exercitor dicitur, ad quem omnes obventiones & reditus navis pertinent (sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxerit, *leg. 1. §. exercitorem, 15. de exerc. act.* Magistrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est, maxime quidem cui ab exercitore, se tamen etiam cui ab institore, *d. l. 1. §. 1.* junct. §. *magistrum, 5.* ubi etiam ratio hujus redditur.

Institores vocantur) Institor, auctore Ulpiano, ex ex appellatus est, quod negotio gerendo instet: nec multum refert, inquit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alii negotiationi, *l. 3. de inst. act.* puta rebus emendis, locandis, permutandis: ut declarant exempla *l. 5. eod.* Quamvis autem procurator, qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est, proprie institor non sit, placet tamen adversum eum, qui præposuit, utilem ad exemplum institoriæ actionem dari, *l. pen. eod. l. 5. C. eod.*

Et si liberum quis hominem) *L. 1. §. cujus autem, 4. de exerc. act. l. 7. §. §. & 2. l. 8. de Instit. act.* quibus locis traditur, nihil interesse cujus conditionis sit, qui navi aut tabernæ præponitur, masculus an fœmina; paters. an filiusfam., pupillus an adultus an ætate major, homo liber an servus præponentis, an alienus. Ex converso quoque parvi referre traditum est, quis præposuerit, *d. l. 1. §. parvi autem, 16. d. l. 7. §. 1. l. 2. & ult. C. eod.* Nam & si is, qui in potestate aliena est, ejus voluntate navem aut tabernam exerceat, & quid cum eo, quem magisterio navis aut tabernæ præposuit, gestum sit, in eum, cujus in potestate est, judicium datur, *d. l. 1. §. si is qu., 19. de exerc. act.* & si mulier sit, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipsa ex contractu eorum, quos præposuit, nec juvabitur Senatusconsulto; quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur, *d. l. 1. §. parvi autem 16. de exerc. d. l. 7. §. 1. de inst. l. 4. C. eod.* nec sunt contractus hujusmodi alieni, sed ipsius mulieris. Græci *in Basilic. 53.* ἐπὶ γὰρ ἀλλοτρίοις εἰσὶ ταῦτα συναλλάγματα ἀλλ' ἀπ' αὐτῆς τῆς γυναικός. Enimvero pupillo ex præpositione ut obligetur, necessaria est tutoris auctoritas, *dict. l. 1. §. parvi autem 16. l. 9. de inst. act.*

Eadem æquitatis ratio) Conditio personæ præpositi non debuit impedire humanitatem Prætoris. Nam sive servus sive homo liber administrationi alicui præponatur, semper is qui eum præponit, eo animo esse intelligitur, ut velit in ea administratione factum præpositi præstare, ne contrahentes, qui proponentis magis quam præpositi fidem sequuntur, decipiantur: estque hoc æquissimum, ut quorum ex contractu commoda publice percipimus, eorum quoque in eadem causa facta agnoscamus, *l. 1. in pr. §. 2. & 4. de exerc. act. l. 1. de inst. act.* Quamquam summo jure hæ causæ ad actionem adversus alium, quam cum quo revera contractum est, acquirendam non sufficiunt. Plane cum quæritur, adversus quem actio detur, interest homo liber an servus sit, cum quo ut magistro aut institore contractum est. Nam servus ex contractu civiliter non obligatur, neque judicio agi cum eo potest, *l. 6. C. de ud. l. 14. de obl. & act.* & ideo solus dominus hic conveniendus est actione exercitoria. Si liber sit, uterque tenetur, & qui proposuit & qui præpositus est: habetque creditor electionem, utrum cum magistro aut institore directo agere, an cum iis qui eos præposuerunt, exercitoria aut institoria experiri velit, *l. 1. §. est autem, 17. & §. pen. de exerc. act. l. 6 6. §. ult. naut. cap. stab.* Nec obstat. *l. ult. de inst. act.* ex qua quidam adstruxerunt, institores ipsos ex negotio institorio nomine gesto non teneri nec conveniri posse: nam, ut recte plerique respondent, non proponitur in specie *d. l. ult.* institor, qui cum aliquo contraxit, aut se institorio nomine obligavit, sed qui tantum professus est, esse penes mensam præponentis certam summam pecuniæ; ex cujusmodi nuda scriptione ad fidem mensæ protestandam, *om credit van de tafel te onderhouden*, mirum non est, si post mortem præponentis conveniri non possit. Costal. *in d. l. ult. ad l. 1. §. est autem, 17. de exerc. act.* ubi tamen refert aliud placuisse Curiæ Parisiensi, eamque censuisse, institores non recte conveniri ex iis contractibus, quos nomine institorio inierunt, sed in dominos actionem esse intendendam, nisi domini eos, qui pro se gesserunt, pro institoribus non haberent. Quæ sententia etiam in praxi recepta est Christ. *vol. 3. dec. 33. n. 9.* adde D. Coren. *observ. 26. rer. a sup. sen. Holl. jud.* Unde Angelus in *l. eamdem de duobus reis*, ait, quod factores licet mille litteris se scribant debitores, non propterea possunt conveniri, quod videntur scribere factorio nomine. Similia & Decius *cons. 150.* Si plures navem aut tabernam exerceant, placet, singulos in solidum conveniri posse, ne in plures advers. sarios distringatur is qui cum uno contraxerit, *l. 1. 5. ult. l. 2. 3. & 4. de exerc. act. l. habebat, 13. §. ult. & l. seq. de inst. act.* Sed hoc apud nos receptum non est, ut mercaturæ noxium: sed singuli pro portionibus exercitionis tantum conveniri possunt. Grot. *lib. 3. c. 1. & 2. de jur. bell. cap. 11. n. 13.* Groenew. *de l. abrog. hic.* An igitur & ex contrario navem aut tabernam exercenti actio con-

constituta est adversus eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt? Minime. Neque enim eodem auxilio indigent, cum actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut institore agere possint, *l. 1. §. sed ex contrario, 8. de exer. action. l. 1. de inst. act.* Plane si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis succurri solet etiam contra eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt, *d. §. sed. ex contrario, 17. l. 1. de exerc. act. l. 2. de instit. act.* Qui autem magistrum aut institorem in potestate habent, actiones ex contractibus eorum sibi quæsitas exercet. Illud porro animadversione dignum est, quod non ex omni causa ex contractu magistri aut institoris obligetur, qui eos præposuit: sed eo duntaxat negotio, quod gestum est ejus rei gratia, ad quam præpositi sunt, ut in hoc textu dicitur, & exemplis declaratur ab Ulpiano in *d. l. 1. §. non autem, 7. & seq. de exerc. act. l. 5. §. non tamen 12. & seq. de inst. act.* Proinde contractibus cum institoribus aliisve officio alicui præpositis ineundis lex & forma præpositionis diligenter observanda est, *d. l. 1. §. igitur, 12. de exerc. l. sed si, 11. §. conditio, 5. de inst. act.* adeoque ipsum genus commissionis vel officii expendendum, & persona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, *leg. qui cum alio, 19. de reg. jur.* Costal. *in l. 5. §. non tamen, 11. de inst. act.* Quid dicemus, si præpositi mutuas pecunias sumserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est; si non habeant, caute creditoribus agendum. Utique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpe incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde si v. gr. navis reficienda aut. instruenda sit, & magister in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, proberve, pecuniam in refectionem erogatam esse, l. 1. §. *qui si, 8. l. ult. de exerc. act.* Cæterum non alias utiliter aget, quam si concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in *d. l. ultim.* & Gloss. & DD. *ibid.* Summa est, si cum crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur: si creditor sciverit, eum, cui credidit, magistrum ei navi præpositum: si non majorem summam crediderit, quam ad rem esset necessaria: postremo si in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia creditur, comparari potest. Eademque fere dicenda, si quis institori pecuniam crediderit, & de actione institoria adversus dominum danda quæratur, *d. l. ult.* eoque jure etiam hodie, utimur. Christin. *vol. 3. decis. 33. n. 2.* elegantер & practice Joann. Fab. *hic num. 8. & seq.* Foller. ad Marant. *part. 4. dist. 22.* adde quæ nos ad Pet. Peck. *in titul. rei naut. ad. d. l. ult.* Moribus harum regionum ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis, maritus obligatur, sed & uxor quoque tenetur, uti sæpissime judicatum testatur Christin. *vol. 2. decis. 27.* Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio SCti utitur. Neostad. *obs. rei jud. 18.* add. Sand. *lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4. 1.* Grot. 1. *introd. cap. 5.* Quod autem qui aliquam uxorem ducit, simul omnia ejus debita in se trahit, id non ideo fit, quia contractu uxoris maritum obligat, sed quia matrimonium parit communionem totius æri alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exsolvere cogitur, alteram dimidiam tamquam administrator totius familiæ, ac proinde & negotiorum uxoris. Gud. *lib. 3. cap. 11.*

TEXTUS.

De Tributoria.

3. *Introduxit & aliam actionem Prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita Prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodquid inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem Prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus quæratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.*

NOTÆ.

3. *Quia ipsi domino distributionem*) Ipse dominus tribuendi facultatem habet ex Prætoris actione, *l. ult. eod.* *Quam oportuerit*) Hæc actio dolum malum coercet domini, *l. 8. §. 2. eod.* idest, propter iniquam distributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Theoph.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic quarta actio ex contractu servi in dominum a Prætore comparata, quæ tributoria vocatur, id est, distributoria sive contributoria. Nam si quid cum servo in peculiari merce sciente domino negotiante contractum sit, jubetur dominus, quod ex ea merce & quod eo nomine receptum est, æquabiliter inter creditores tribuere seu partiri, in qua partitione & ipse quoque, si quid ei debetur sive mercis nomine, sive alia ex causa, admittitur, *l. 1. l. 5. §. per hac act. 5. & seqq. de tribut. act.* Si autem dolo malo ejus factum sit, quominus ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, præstet. Itaque hæc actio tantum dolum domini coercet, si videlicet malitiose in distribuendo versatus sit, merces penes se retinuerit, aut sciens prudens perire sit passus. Quod si tribuere nolit, potest evitare actionem mercibus cedendo, *l. 7. §. 1. & deinceps, eod.*

Sciente domino negotietur) Dominus peculium servo concedens hoc ipso etiam jus contrahendi servo concedere intelligitur, *l. 1. §. item acquirimus 5. de acq. poss.* Cæterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior est a singulis contractibus: qua de causa in actione de peculio æstimatio peculii fit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus §. *seq.* At in casu proposito voluntas domini propius ad negotium accedit: exigitur enim ut saltem non nolit, id est, sciat & patiatur servum in merce peculiari negotiari, *l. 1. §. v. & 2. de trib. act.* Et ideo in actione tributoria placet, dominum privilegium deductionis non habere, sed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributum vocari, *d. l. 1. in princ.* add. *l. 1. 1. §. licet autem, 20. l. 6. de exerc. act.*

TEXTUS.

De peculio & de in rem verso.

4. *Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate*

tate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia sulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem puta aureis, quos servus tuus a Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; puto cæteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una sit actio, quod de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante despicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Cum autem quæritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quidquid servus domino, cive, qui in potestate ejus sit, debet: & quod supereſt, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

NOTÆ.

5. Quamvis sine voluntate) Nam si domini voluntate, potest *jussu agi l. 5. §. 2. de in rem vers.*

Quicquid necessario) Vel utiliter, *l. 5. §. 3. eod.* quod autem magis ad voluntatem pertinet, non videtur versum. Hoc igitur dominus sine rei detrimento patietur auferri, *l. 1. §. 4. eod.* Locum hunc fuse explicat Ulpianus *d. l. 3. d. l. 5. l. 7. l. 10. eod.*

Licet enim una sit actio) Hujus loci hanc esse sententiam puto, non tantum singulis actionibus separatim, aut de peculio, aut de in rem verso, agi posse: sed etiam conjunctim, ut simul utrumque caput una formula ita, ut proponitur, in judicium deducatur. Eamque formam agendi esse commodissimam, ut mox ostenditur. Cæterum actio de in rem verso non minus sola & per se institui potest, quam illa de peculio, *l. 1. princ. §. 2. l. 14. l. 19. in fin. de in rem vers. §. seq. & §. ult. infr. eod.*

Duas habet condemnationes) Quando scilicet actioni de peculio illud emblema de in rem verso adjicitur. Altera enim seorsum & simpliciter intentata ad alterum ex eadem causa non datur regressus, *arg. l. 9. §. 1. de orib. actib. & §. seq. infr. eod.*

Ante deducitur, &c.) Naturalia debita spectamus in peculii deductione, *l. 1. §. ult. l. 4. §. 2. & 3. leg. 11. §. 1. de procul* quemadmodum ex contrario quod dominus servo debet, peculium auget, *l. 17. eodem.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem de peculio, & eam de in rem verso, non esse duas distinctas actiones.*

PRæter superiores quatuor, sunt adhuc actiones duæ, edicto item Prætoris ex contractibus servorum ad versus dominum proditæ, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verso, & actio de peculio: quarum illa ob commodum, quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; hæc ob domini voluntatem, uti & præcedentes: quamquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis sunt, eumdem effectum adversus dominum habent, *l. 1. §. licet autem, 20. in fin. l. 6. de exerc. act. l. 1. per tot. de tribut. act.* junct. *l. 1. §. item acquiremus, 5. de acq. poss.*

Et quamvis sine voluntate domini) Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut sæpe alibi diximus, peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam jus contrahendi tacite permittere intelligitur, per *d. l. 1. §. item acquirimus, 5. de acq. poss.* sed respectu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod jussu, exercitoria, & institoria, vel præter generalem concessionem peculii saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria, cum de peculio dominus obligetur, etiamsi nesciat, servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod licet illa quod jussu, item exercitatoria & institoria, in solidum dominus teneatur, in tributoria quod sibi debetur non deducat; de peculio tamen non teneatur, nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi, quod ipsi servus debet.

Sive quid in rem ejus versum) Dominus de eo, quod servus sine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus versum est, in solidum tenetur actione de in rem verso; idque sive habeat servus peculium, sive non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, de in rem verso locum habet, *l. 1. in princ. & §. 1 de in rem vers.*

Quicquid necessario in rem ejus &c.) Ostendit exemplis, quid, quando in rem domini versum intelligatur. Et quidem quicquid servus necessario in rem domini impendit; id omnes citra controversiam in rem ipsius versum intelligitur, *l. 2. §. 1. l. 5. l. 6. eod.* Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve, in eadem causa est, *l. 5. §. 2. & passim tot. tit. eod.* nisi quod in non necessariis non amplius in rem versum intelligarur, quam est verum ipsius rei pretium: cum in necessariis spectetur pretium conventum, *d. l. 5. in pr. eod.* Ut ego generaliter dicam toties, de in rem verso actio competit, quoties procurator mandati, aut negotiorum gestor negotiorum gestorum actionem habet: quotiesque servus ita impendit, ut dominus rem suam aut meliorem haberet, aut non deteriorem, *d. l. 3. §. 2.* Quod vero in voluptariam causam impensum est, non videtur versum: nam nec procurator hoc imputaret: & non debet dominus ex eo onerari, quod ipse facturus non esset, *d. l. 3. §. sed si mutua, 4.* Plane impensæ honestæ & consuetæ dominum de in rem verso obligant, *l. 7. §. 3. eod.*

Licet enim una sit actio) (1) Ita hoc loco disputat Justinianus, quasi actio de peculio & actio de in rem verso non sint duæ distinctæ actiones, sed una tantum, quæ habeat duo capita duasque condemnationes. Unde quidam existimaverunt, actionem de in rem verso non esse propriam formulam & per se constantem, sed accessionem & appendicem dumtaxat actionis de peculio institoriam & exemptitiam. Proinde creditorem, qui de in rem verso agere instituit, de peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblema de in rem

verso

verso adjici postulet. Hotom. Tuning. *hic*. Quidam vero actioni de peculio etiam inesse adjectionem de in rem verso, nec actionem de in rem verso per se exerceri, nisi cum deficit actio de peculio. D. Cujac. *hic*. Duaren. *in tit. de in rem vers.* Neutri bene, meo quidem judicio. Nam, ut ego existimo, actio de in rem verso tam propria & per se constans formula est, quam ea de peculio: potestque, non tantum cum actio de peculio deficit, sola & per se institui, veluti cum peculium servo sine dolo malo ademptum est, aut morte servi peculium extinctum, annusque, intra quem de peculio agi poterat, finitus; quibus casibus hæc actio etiam necessaria est, *l.* 1. §. 1. 14. *l. filiusfam.* 19. *in fin. de in rem vers.* sed etiam tunc cum simul de peculio competit, § *sed in fin. & §. ult. l.* 1. *hoc tit. d. l. in princ.* Et cur tandem quæso non liceat mihi, si velim, de in rem verso seorsum agere, quamvis & de peculio experiri queam? Cum autem simpliciter de peculio agitur, negamus, clausulam illam de in rem verso de peculio actioni inesse aut pro adjecta haberi. Æstimatum quidem tunc quoque quid in rem domini versum est, sed tamquam servo debitum, ut tanto plus in peculio esse censeatur, ut docet *d. l.* 1. §. *ult. & d. l.* 19. At in condemnatione seorsum ejus, quod versum est, ratio non habetur, sed universi peculii sit, ut de toto deducatur, quod versus domino debet. Quod secus est, si adjecta fuerit clausula de in rem verso, ut docemur hoc text. Et ex contrario si simpliciter de in rem verso actum sit, peculii nulla ratio habetur, sed ejus tantum, quod in rem versum est. Quid igitur est, quod Justin. hic ait, unam esse actionem, qua de peculio; deque eo, quod in rem versum sit, agitur? Nimirum ostendere voluit, non tantum singulis actionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse, sed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque ita, ut proponit, in judicium deducatur: eamque agendi formam esse commodissimam: propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in solidum ejus, quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit, de quo non deducit, quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porro damnetur, quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsum altera intentata ad alteram ex eadem causa regressus non datur, per *leg.* 9. §. 1. *de trib. & seq. hoc tit.*

Ante deducitur quicquid servus domino, &c. debet) Quemadmodum quod dominus servo debet, peculium auget, *leg. si servus*, 17. *in fin. de pecul.* Ita ex contrario, quod servus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quasi dominus prævenerit, & cum servo egerit. Ideinque est, si quid servus debeat iis, qui in potestate domini sunt, quoniam hoc quoque domino debetur, *leg.* 5. §. *ult. leg.* 9. §. 2. & 3. *dict. tit.* Unum excipitur, si servus ordinarius qui debeat vicario suo, quod ideo placet de peculio ordinarii non deduci, quia ut ipse vicarius, ita & peculium ejus in peculio ordinarii est, *d. l. servus*, 17. Ordinarius vicarii veluti dominus vicarii, vicarius συνοικέτης Glos. Græc. Lat.

TEXTUS.

De concursu dictarum actionum.

5. *Cæterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æque de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur quod domino debetur: & in id quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.*

NOTÆ.

5. *Domini conditio præcipua non est*) In tributorio judicio non melior conditio domini, quam cæterorum creditorum, *l.* 1. *de trib. act.*

Ante deducitur quod domino debetur) Nam in actione de peculio dominus habet privilegium deductionis, *d. l. & §.* 4. *supr. eod.*

In hac actione totius peculii) In actione de peculio totius peculii: in tributoria ejus duntaxat partis, de qua negotiatum est, ratio deducitur, *l.* 11. *de trib. act.*

Aut fœnebri pecunia) Ergo locum non habet institoria in fœnebri pecunia. Pac.

De in rem verso agere debet) Id est, expedit ei potius de in rem verso agere, quam tributoria, propter solidi condemnationem. Theoph.

COMMENTARIUS.

LOcus hic planus est. Docet, ex uno eodemque negotio & contractu servi plures actiones concurrere & simul competere posse. Ut ecce, si servus peculium habens negotiationi alicui præpositus sit, & quid in utilitatem domini verterit, locus est & actioni institoriæ, & de peculio, & de in rem verso. Cujus rei hæc ratio est, quod hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantum actionis ex contractu adjectiones. Exempli gratia, si quid institor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantum revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; sed trifariam ex ea causa conveniri potest, ex empto institoria, ex empto de peculio, ex empto de in rem verso. Concurrunt vero hæ actiones non cumulative, ut loquuntur, ut pluribus vel simul, vel successive uti liceat, sed elective, ut liceat una eligere experiundi gratia; una autem electa seu in judicium deducta aliæ consumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio descendunt, *l.* 9. §. 1. *de trib. act. l.* 4. §. *ult. hoc tit.* Plane de peculio, deque eo, quod in rem versum est, simul agi potest, sed una judicii formula caput utrumque complectente, ut superius dictum est.

Sed

Sed erit stultissimus) Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis sunt uberiores aut commodiores monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus plenius facilius suum consequi possit; quod lectione, non interpretatione indiget.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

6. Quæ diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in potestate sunt.

COMMENTARIUS.

HOC idem in principio hujus tituli monuit promittens, si quid proprie in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum: cujus rei unum exemplum mox §. *seq.* adducit: nos plura ejusmodi notavimus ad *dict. princ.*

TEXTUS.

De Senatusconsulto Macedoniano.

7. Illud proprie servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem, neptemve (sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cæperint) quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

COMMENTARIUS.

1 *Scopus Senatusconsulti. An hodieque ei suæ vis constet? An ei filius renuntiare possit? An in foro animæ se ejus auxilio tueri?*

FIliusfamilias ex contractu suo & ipse obligatur, *leg. filiusfam. 39. de obl. & act.* & patrem obligat de peculio, §. *act. 10. supr. de actionibus*, *l. 3. §. filiusfam. 5. & deinceps de pecul.* Una tantum causa excipitur, ex qua placeat, nec ipsum nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit; quod effectum est ex Senatusconsulto Macedoniano; cujus sententiam breviter hic complectitur Justinianus.

Senatusconsultum Macedonianum prohibuit) Hoc Senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita *cap. 11. Auctor*, inquit, *Senatui fuit Vespasianus decernendi, ne filiorumf. fœneratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patris quidem mortem*. Tacitus autem *lib. 11. annal. c. 13.* id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coercuisse sævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiisfam. fœnori darent. VINN. Eleganter hos auctores in concordiam reducit Petr. Faber *Semest. 1. 25. pag. 142.* ubi observat, Vespasianum sub Claudio Cons. fuisse duobus novissimis anni mensibus. Sveton. *Vesp. cap. 4.* Utrumque ergo verum esse potest, Claudio hoc SC. tribuendum esse & Vespasiano: illi tamquam Principi: huic tamquam Consuli referenti ad Senatum. Jus enim referendi tum apud Cons. fuisse, patet ex Gall. *Not. Att. IV. 10.* Cui hæc non satisfaciunt, is per me credat, Vespasianum de SCto sub Claudio facto & postea desuetudine inumbrato iterum ad Senatum retulisse. HEIN.

Mutuas pecunias dari) Duo hic notanda. Primum, eum solum contra Senatusconsultum facere qui mutuum filiofam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit: modo ne quid factum sit in fraudem Senatusconsulti, *l. 3. §. is autem, 3. de Senatuscons. Macedon.* Deinde solam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconsulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiofam. mutuo dari, nisi & in his fraus Senatusconsulto quæratur, *l. 7. §. mutui, 3. dict. tit.* Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit, an sine usuris, *d. l. 7. §. sive autem, 9.* quamvis Senatus præcipue prohibuit filiisfamil. fœnerari, *leg. 1. d. tit. leg. 3. Cod eod.* Plane ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatusconsulti auctoritas, quæ filiofamil. studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, *d. leg. 7. §. quod dicitur, 31. leg. 5. Cod eod.* Et in universum cessat Jurisconsultum, si pecunia in rem patris versa, *dict. leg. 7. §. proinde, 12.* aut voluntate patris credita sit, *dict. leg. 7. §. interdum, 11. leg. 12. eod. leg. 2. leg. ult. Cod. eod.*

Qui in potestate parentis) Sine discrimine sexus aut gradus, *l. 9. §. 2. l. 14. eod.* nec refert, frugi sit filiusf. an non; magistratus an privatus: nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat, ad cujus quantitatem placet cessare Senatusconsultum quia in eo vice patrisfam. fungitur, *l. 1. §. ult. l. 2. eod.* In filiofam. sub armata militia militante in totum cessat, *l. ult. §. ult. Cod. ad SC. Maced.*

Denegatur actio) Nempe si contra Senatusconsultum factum esse appareat. Quod si de eo ambigatur, exceptio adversus actionem dabitur, *l. 1. de SC. Macedon.* junct. *l. 9. de jurej.* quæ est illa a Jurisconsultis toties usurpata exceptio Senatusconsulti Macedoniani.

Vel emancipatione suæ potestatis esse cæperit) Cum scilicet pecunias mutuati essent, quo tempore adhuc in potestate erant. Nam vetat Senatusconsultum pecuniam credi filiofam. cæterisque liberis, qui in potestate sunt, *hoc text. dict. leg. 1. leg. 14. eodem*, non vetat credi jam emancipatis aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis, *l. 3. §. ult. eod.*

Quæ ideo Senatus prospexit) Non sine gravi causa Senatus cavit, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedisset, actio petitione daretur. Nam hoc modo dum creditores a datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei, & occasio contrahendi æs alienum, quo cum opprimi cœperunt, verendum amplissimus ordo existimavit, ne ad præmaturum atque improbum successionibus & mortis paternæ votum impellantur, *dict. leg. 1. & hoc text.* Simile est apud Ciceronem in defensionem Sexti Roscii. D. Tuldenus in *comment. ad hanc titul. cap. ultim.* quærit, & de eo aliquando dubitatum scribit, an etiam hodie secundum mores harum regionum vis sua Senatusconsulto constet. Et putat constare, sed certis tantum casibus, quoties scilicet creditor sciens in luxum pecuniam

niam dedit, aut ea lege, ut post mortem patris redderetur cum fœnore. Extra hos casus, qui perpetuam æquitatis rationem habeant, Senatusconsultum mansuetudini morum, & humanitati nostrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum est, an filiusfam. se hujus Senatusconsulti auxilio tueri possit in foro conscientiæ. Wamesius *cent. 2. consult. 99.* Tuldenus ad titul. *Cod. ad Senatusc. Maced. num. 4.* respondent, in judicio animæ filiumfam utentem exceptione Senatusconsulti tutum non esse, nisi creditor ipsi pecunias ad profusionem & luxum sciens subministraverit. Ad quem ferme modum & Covarruv. *ad cap. quamv. ad regul. juris in 6. part. 2. §. 3. n. 5.* qui quod quoque ibidem quærit, an filiusfam. exceptioni Senatuscunsulti renuntiare valeat. Et recte cum DD. communiter concludit, non posse. Quid si renuntiatio juramento corroborata sit; putat idem Covarruv. *eod. loc.* tunc validam esse renuntiationem. Sed hoc vix est, ut ex ratione juris civilis defendi possit. Unde Zasius *leg. 2. sing. reg. cap. 28.* etiam injuriatam renuntiationem valere censuit; non utique ut filius renuntiatione sua patri præjudicat, sed sibi. Quam sententiam judicio supremi Senatus Melchlinienſis comprobatam refert Christin. *vol. 3. decis. 35. n. 10.*

TEXTUS.

De actione directa in patrem vel in dominum.

8. *Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patrio dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.*

COMMENTARIUS.

CUI quod jussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, *leg. si institorem, 29. de reb. cred. leg. si quis, 17. §. ult. de inst. act. leg. ultim. pro soc.* Quod ergo prudentum auctoritate introductum arbitror, qui postquam a Prætore obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit *hoc textu & dd. loc.* Hodie obliquæ istæ actiones, sed potius actionum adjectiones, quod jussu, tributoria, de peculio, de in rem verso, usum non habent; quoniam neque servos ullos habemus: neque liberi nostri eo jure apud nos sunt, quo apud veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractibus institorum nostrorum aut alias præpositorum, sive liberi nostri sint, sive extranei, sed soli & directo, sicut supra quoque monuimus: ut proinde nec exercitoria nec institoria in usu amplius sit, quamvis nomina adhuc frequententur: ut merito hunc titulum magna parte contrarium moribus nostris, notet Christin. *volum. 3. decis. 34.* post Bernard. Autumn. *in collat. jure Gallici cum Rom. Cod. hoc tit.*

TITULUS OCTAVUS.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 9. Tit. 4. Cod. Lib. 3. Tit. 41.

Continuatio.

SUperiore titulo actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex servorum contractibus, nunc igitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solum contrahendo dominos obligant, sed etiam delinquendo. Ex delicti privatis (publica enim huc non pertinent) duplex actio est; nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, *l. ult. de del. priv. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum eumque solum accusatio & vindicta criminis dirigitur: nisi forte jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio, ut quilibet alius, cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est, uti notatum supra ad §. *illud*, 7. *de mand.* Civiliter vero seu pecuniariæ cum solo domino agi potest: & si quidem jussit dominus servum delinquere, aut cum prohibere posset, non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset; si vero ignoravit, aut cum sciret, prohibuit, sed frustra, noxalis actio in eum datur: cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei dedltione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *l. 1. cum §. seqq. hoc tit.* de peculio ex delictis prodita non est, sicut nec ex contractibus noxalis, *dict. l. 1. leg. ex pœnalibus, 58. de reg. jur.*

TEXTUS.

De servis. Summa.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere.

COMMENTARIUS.

EX *maleficiis*) Nomine maleficii & quasi maleficium hic accipiemus, quemadmodum supra contractus appellatione & quasi contractus continetur.

Veluti si furtum fecerint) Noxales axiones appellantur, quæ non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus dominos instituuntur, *leg. 1. hoc tit.* veluti si furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantum causa quatuor istæ delictorum species nominantur. Plane delicta ceu noxas accipere debemus privatas: nam ad eas noxas, quæ publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinet, *leg. si quid sit, 17. §. noxas, 18. de ædil. edict. leg. hæc stipulatis, 200. de verb. signif.* Hinc autem apparet, actiones noxales non esse proprias & per se consistentes actiones, sed actionum ex delicto adjectiones, sicut actio de peculio adjectio est actionis ex contractu.

Aut

dui litis æstimationem) Sola litis æstimatio in obligatione est: nam noxæ dedendi potestatem dominus a lege accipit, *l. 6. §. 2. de re judic.* unde intelligimus, non esse necessarium; ut in judicio noxali aut actor disjunctive petat, aut judex disjunctive sententiam pronuntiet; quamvis ita & pronuntiare usitatum: §. 1. *infr. de offic. judic.* & peti consultum; ne, dum simpliciter litis æstimationem petimus, videamus arguere scientiam domini, & male agere.

TEXTUS.

Quid sit noxa & noxia?

1. *Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium, veluti, furtum, rapina, damnum, injuria.*

COMMENTARIUS.

NON omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus, vocabulo *noxæ* significari auctorem maleficii servum. Nam etsi passim non minus noxa quam noxia pro ipso maleficio usurpatur, *l. 1. t. 2. §. 1. l. si quis, 14. de nox. act. l. quid sit, 17. §. noxas, 18. de ædil. edict. cum simil.* negari tamen non potest quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipsum servum, qui deliquit, intelligant: veluti cum dicunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l. item veniunt, 20. §. item, 5. de hær. pet. l. 6. §. 1. de re judic.* item *noxam dedere, l. 1. in fin. princ. de his qui dejec. §. 1. infr. de off. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quam dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilii 1. *Æneid. v. 45. Unius ob noxam, &c. Quidam noxa, quæ nocuit, noxia, id quod nocitum accipiunt.* Plane cum dicunt noxæ dedere, noxa maleficium significat: est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, *nomine*, ut *noxæ* sit genitivi casus. Eadem forma dicimus, cavere damni infecti, satis legatorum desiderare, *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. &c.* nisi noxam pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quod dedere pro pœna noxæ: nam & in noxam, & ad noxam dedere legimus, *l. 1. §. eum aretes, 21. si quadr. paup. fec. l. si in re, 19. §. ult. hoc tit.* & veteres glossæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur ἔκδοτον εἰς κόλασιν, teste Samas. *l. 2. mod. usur.* 888.

TEXTUS.

Ratio harum actionum.

1. *Summa autem ratione permissum est, noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

COMMENTARIUS.

SIcut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum passus est, nulla ex parte satisfieri; ita & iniquum visum, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat, *l. 2. in princ. hoc tit.*

TEXTUS.

Effectus noxæ deditionis.

3. *Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominium a domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est servus, resarcierit quæsita pecunia, auxilio Prætoris invito domino manumittetur.*

NOTÆ.

3. *Invito domino manumittetur*) Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinianus apud Rufin. *tit. de atroc. injur.*

COMMENTARIUS.

DOminus servum noxæ dedendo liberatur ab æstimatione litis, servique dediti dominium in perpetuum ab eo discedit, quamvis non statim pleno jure migret in eum, cui deditus est: nam noxæ deditio Quiritarium dominium non transfert, sed bonitarium tantum, hoc est, facit, ut deditus in bonis esse incipiat ejus, cui deditur, *l. electio, 26. §. ult. h. t. l. 2. in fin. si ex nox. caus. agit.* Sed hac distinctione non amplius utimur, *l. unic. C. de mud. jur. Quir. toll.*

Sin autem damnum) Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest, quantumcumque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit, eum posse, servumque noxæ deditum, si quæsita aliunde pecunia damnum sarcierit, auxilio Prætoris, invito domino, cui deditus est, manumitti. Cujus ergo rei hanc esse rationem puto; quod causa servitutis apud hunc dominum est damnum, quo ei datum est: quæ causa cum cesset oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

TEXTUS.

De origine harum actionum.

4. *Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto Prætoris. Legibus, veluti furti ex lege Aquilia. Edicto Prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.*

COMMENTARIUS.

HIC locus confirmat quod supra diximus, actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre specie, sed tantum qualitate adjectitia, cujus is effectus est, ut servum noxæ dedere liceat.

Veluti furti) Intellige nec manifesti in duplum. Nam furti manifesti actio non legitima, sed honoraria est, *infr. de perp. & temp. act. circa fin. princ.* Accursius, Contius, Cujac.

TEXTUS.

Qui conveniuntur noxali actione?

5. *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, & extinguitur noxa deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxam commiserit, & is servus tuus esse cæperit, (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Cum servus ex contractu ne quidem post manumissionem conveniri queat, cur placeat, eum manumissum ex delicto directa actione teneri?*

NOxalis actio caput sequitur) Iisdem verbis hæc regula affertur in *leg. qui ex pluribus, 12. hoc tit.* Plerumque autem dicitur, *Noxa caput sequitur leg. ult. eod. leg. 1. Cod. eod. l. rem mihi, 21. in fin. commod. l. 1. §. si apud, 18. depos. l. 1. in fin. de priv. del. l. quod dicitur, 18. de furt. l. 4. B. an serv. pro suo fact.* Id est, noxa aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ servum, quocumque eat, & ad quemcumque perveniat. Unde in venditionibus servorum hæc clausula adjici solita erat, *eos noxis solutos esse, l. 1. §. 1. & pass. de ædil. edict.* hoc est, non esse in ea causa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri possit.

(1) *Si manumissus fuerit*) Huic etiam casui accommodatur regula, *Noxa caput sequitur, leg. 1. §. si apud, 18. depos. l. 4. Cod. an serv. pro suo fact.* Cæterum quia manumissus ipse judicio conveniri potest, cessat actio noxalis, & cum eo directe agitur perinde ac si quo tempore deliquit, liber fuisset, *leg. quod ab alio, 15. de cond. fort. d. l. 4. Cod. an serv. pro suo fact.* At enim cum servus ex contractu servitutis tempore inito ne quidem post manumissionem conveniri queat, *leg. 1. l. 2. & 5. Cod. dict. tit.* excepto casu speciali, *leg. 5. Cod. eod.* cur placet, ex delicto tempore servituris commisso manumissum directe conveniri? Non sane quia obligatio ex delicto, quæ ante naturalis erat, post manumissionem incipit esse civilis; ut putant Dom. Hotomannus & Tuning. nam & ex contractibus servi naturaliter obligantur, *leg. 14. de oblig. & act.* sed quia delicta domino ignorante & nolente committuntur, atque in invitos & ignorantes, ut proinde hinc nata obligatio personæ ipsius servi plane inhæreat, servumque æque ac liberum pœnæ subjiciat quæ etiam ipsi servo irrogatur, dum de coercitione corporali quæritur. Tantum obstat conditio servi, quominus pecuniario & civili judicio cum eo qui possit, quod obstaculum manumissione removetur. Contractuum vero dissimilis ratio est. Nam servus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui dominus peculium concedendo etiam jus contrahendi tacite concedit, ut qui cum servo contrahit, non tam servi, cum quo scit nullam sibi actionem esse posse, quam domini personam spectare videatur.

Si liber homo) Hoc exemplum superiori contrarium est: nam ut illic actio noxalis est post facto incipit esse directa, ita hic directa fit ex postfacto noxalis. Nimirum semper actiones ex delicto venientes cum capite ambulant, *l. 7. §. 1. de c. min. l. 1. in fin. de priv. del.*

TEXTUS.

Si servus domino noxam commiserit, vel contra.

6. Si servus domino noxam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum, qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus tibi noxam commiserit, & is postea in potestate tua esse caperit, interdicitur actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes; quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

COMMENTARIUS.

QUod dictum est, ex maleficiis servorum noxales actiones proditas esse, noxamque sequi caput nocentis, eumque manumissum quoque teneri, id ita se habet, si servus extraneo noxam commiserit, secus autem, si domino; nam hic jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio, *l. 1. Cod. hoc tit. l. ult. C. an serv. pro fact.* ubi facere Diocletianus & Maximianus jubent, dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare.

Et ideo si in alienam potestatem) Consectarium ex præcedenti. Nam ex eo, quod ob noxam a servo in dominum commissam nulla actio nascitur, hoc necessario sequitur. Neque enim potest] actio, quæ nata non est, servum auctorem noxæ sequi, aut post ejus alienationem vel manumissionem demum nasci, *dict. l. ult. Cod. an serv. pro suo fact. d. l. 1. C. hoc tit. l. quod dicitur, 18. de furt.*

Unde si alienus servus) *Leg. si alienus, 37. h. t. d. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* Regula de extinctione obligationis postquam in eum casum recidit, a quo incipere non potest, a me exposita est ad §. *ex contrario, 14. supr. de legat.*

Interdicitur actio) Legendum haud dubie *intercidit*, cum Russardo, Cujacio, & Hotomanno, Theophilus reddidit ἀπολβύνται, id est, *extinguitur*: quo verbo in eadem re utitur Triphon. *d. l. si alienus, 37. hoc tit.*

Licet exierit de potestate) Quoniam actio semel extincta non restauratur, *d. l. ult. & d. l. alienus, 37. leg. qui res, 98. §. aream, 8. de solut.*

Si dominus in servum suum) Hoc eamdem rationem habet: quia scilicet ex ipso facto nata fuit actio.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

7. Sed veteres quidem hoc in filiifamiliarum masculis & fœminis admisere: nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendum esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum & maxime filiam, in noxam alii dari, ut pene per filii corpus pater magis quam filius periclitetur? Cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludat. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: cum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.

NOTÆ.

7. In noxam alii dare, ut pene per filii corpus.) Cujacius ex *libr. veter. dare, ut pene per corpus pater magis*, &c. quomodo & Theophilus legisse videtur.

Pro suis delictis conveniri) Etiam pecuniarie, *dict. leg.* Quia in patrem etiam post condemnationem actio judicati de peculio datur, *leg.* 3. §. 11. *de pecul.*

COMMENTARIUS.

APud veteres non minus filiorum filiarumque familias noxæ deditio, quam servorum permittebatur: nam patri non minor in liberos, quam domino in servos potestas erat. Sed postea illud displicuit, diu tamen ante tempora Justiniani, ut alibi probavimus, *leg.* 33. *& seqq. hoc titul. leg.* 1. §. 7. *de his qui effud. leg.* 1. §. *penult. de oblig. & action.* Paul. 2. *sentent.* 31. Papin. *apud leg. Mosaic. & Romun. variatorem titul.* 2. Rationes displicentiæ variæ hic afferuntur. Prima sumitur a miseratione liberorum, qui ita in servitutem alii tradebantur: cui adjungitur alia favore pudicitiæ, tangens præcipue sexum fœmineum. Tertia dicitur a miseratione patris: quo facit *leg.* 8. *in fin. quod metu caus.* Chrysostomus *homil.* 29. *in Genes. cap.* 9. ἴσι πῶς πολλάκις ἤξιωσε πατέρας ὑπὲρ παίδων τιμωρίαν ὑποσχεῖν, &c. *Scitis, sæpe patres optare pœnam pro liberis sustinere.* Postrema ex eo, quod ipsi liberi ex delictis suis pecuniarie quoque conveniri possint: qui si condemnati fuerint, judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque post condemnationem actio judicati de peculio datur, *leg.* 3. §. *idem scribit*, 11. *de pecul. leg. & si*, 35. *de noxal. action.* Actionum noxalium hodie nullus usus est, quoniam servos non habemus. VINN. Vel potius: quia servos non habemus ejus conditionis, cujus erant servi Romanorum. Servi, quales Germanicæ originis generis semper habuerunt, (vide Tacit. *de mor. German. cap.* 25.) qualesque etiamnum in Westphalia aliisque locis sub nomine hominum propriorum reperiuntur, non sunt res, sed personæ, quamvis glebæ adscriptæ. Et hinc si deliquerunt, non dantur noxæ, sed ipsi vel mulctantur, vel castigantur. HEIN.

TITULUS NONUS.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

Et Lib. 9. Tit. 1.

Nexus.

IN numero actionum noxalium est & actio de pauperie, nam quemadmodum superiores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominium datur, noxæ dedat.

TEXTUS.

De actione, si quadrupes ex leg. duodecima Tabularum.

Animalium nomine, quæ ratione careat, si qua lascitia, aut pavore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim Tabularum prodita est: quæ animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex duodecim Tabularum scripta est, ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit a domino, & si nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam feciisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinet actionem.

NOTÆ.

Aut feritate) Non naturali, sed qua contra naturam generis sui animal motum pauperiem dedit, *leg.* 7. §. 7. *hoc tit.* ἐξίστησι σῆς φύσεως. Arist. 7. *Eth.* 7.

Ita lex duodecim Tabularum scripta) *D. leg.* 1. *in princ.* Legis etiam Soloniæ de pauperie meminit Plutarch. in *Solon. pag.* 91. vide & *Levit.* 21. *vers.* 28. *& seqq.* Plut. 11. *de log.* VINN. Lex illa Solonis est de cane & quadrupedibus ob noxam dedendis. Sed dubito, an unquam leges Solonis dictæ sint *Soloniæ*. Placuit hæc denominatio Cujacio in Not. ad Paul. *Rec. sentent. l.* 1. *tit.* 15. §. 1. quia ibi mentio fit legis *Pesulaniæ* de cane. Unde vir summus leges Solonias exsculpsit. Vid. *Antiq. Rom. tit.* §. 2. *pag.* 260. HEIN.

Contra naturam moventur) Quod si culpa aut instigatu hominis fera damnum dedetit, damni injuriæ agetur, *d. l.* 1. §. 4. *& 5. seqq.*

Si genitalis sit feritas) Id est, genuina & naturalis, *dict. l.* 1. §. 10.

COMMENTARIUS.

Animalium nomine) *In rubr. hic & in π*, quadrupedum tantum mentio fit. Nimirum lex duodecim Tabularum nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ fere bestiæ solæ nocere solent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecerit, *leg.* 4. *hoc tit.* Porro quadrupedum quædam sunt pecudes, nimirum quæ gregatim pascuntur, quædam non pecudes, §. 1. *& §. cap.* 13. *supr. de leg. Aquil.* Rursus non pecudum quædam sunt cicures mansuetæ, domesticæ, ut canes, feles; *l.* 1. §. 2. *ad leg. Aquil.* quædam feræ bestiæ, in quibus genitalis est feritas, ut ursi, apri, leones, l. 2. §. *in bestiis*, 20. *hoc tit. dict. l.* 2. §. 2. *ad leg. Aquil.* Ad solas autem pecudes, aut utique ad quadrupedes mansuetas tantum hæc actio pertinet. De feris tamen bestiis utilis datur. §. 2. *infr. eod.*

Aut pavore) Alias *fervore*. Theophil. κατὰ διορθ. α.

Aut feritate) Non naturali, sed qua contra naturam generis sui mota damnum dederunt: nam motus in animali non nisi qui contra naturam est, huic actioni locum facit, ut mox sequitur.

Noxalis actio) Id est, ita de pauperie, ut si quidem is, cum quo agitur, damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit: si vero noxæ dedere malit, liberetur, *l.* 1. *eod.*

Quia ita lex duodecim Tabularum scripta) Et ideo ita scripta quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, *arg.* §. 2. *tit. præc.* Sane ex causa etiam gravius coerceri dominus poterit, veluti si sciens vitium animalis, id passus sit vagari sine custode.

Quæ

Quæ contra naturam moventur) Id est, contra naturalem mansuetudinem omnium ejus generis animalium, & quasi ex contracto quodam vitio, ut exempla equi calcitrosi, & bovis cornu petere soliti ostendunt: aliqui culpa aut instigatu hominis damnum datum credendum est, & lege Aquilia vel in factum agendum, *l. 1. §. itaque*.

Si genitalis sit feritas) Id est, nativa. Gell. *lib. 4. cap. 1. Ajunt, Trebatium ex edicto apposuisse, si ea mulier a principio genitali in sterilitate esset*. Et igitur actio de pauperie ob damnum a feris bestiis illatum non conceditur, *l. 1. §. in bestiis, 10. hoc tit.*

Denique si ursus fugerit) Si fera nocuit, postquam fugisset, ideo de pauperie non competit, quia nullius erat, cum damnum daret. Idem est, si fugerit, postquam nocuisset, quia instar servi manumissi est; nec dedi, quæ evasit, fera potest. Sed & si adhuc in potestate sit, tamen de pauperie in dominum non datur; quia cessat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, *l. 7. §. in bestiis, 10. hoc tit.* Cæterum postremo hoc casu, & si non directa, utilis tamen de pauperie competit, §. 1. *infr. eodem*.

Quod sensu caret) Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu, quo & jure uti dicuntur, *sup. de jur. nat. gent. & civ.* Unde si arietes commiserunt, & alter alterum occidit, inter provocantem ceu injuriam inferentem, & provocantem ceu injuriam illatam repellentem, distinguitur, *l. 1. §. tum arietes 11. hoc tit.* vid. Grot. *2. de jur. bell. c. 2. n. 3.*

TEXTUS.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

1. *Cæterum faciendum est, ædilitio edicto prohiberi, nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homine esse dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur. Cæterarum vero rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumet.*

NOTÆ.

1. *Ursum leonem*) Aliave id genus animalia, quæ noceant, *l. 41. d. tit.*

Et de pauperie) Utilis scilicet, ut supra diximus. Utilis item datur, cum non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit. *l. pen. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *An nomine damni a cane dati directa de pauperie competat? & quædam usu hunc recepta.*

EDicto ædilitio vetitum est, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal, quod nocere solet, habere, qua vulgo iter fit, *l. enim 49. §. 1. cum leg. seqq. de ædil. edicti.* ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini) Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero inflictum, actio ex edicto in bonum & æquum conceditur, *l. qua vulgo d. tit.* scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus quis esset, inutilis factus, *l. 3. hoc tit.* Quod si liber homo ex ea re deperiit, ducentorum solidorum judicium datur, *d. l. quæ vulgo 41.*

Cæterarum rerum, quanti damnum datum, dupli) Ob damnum a fera bestia aut vitioso animali aliter quam homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, *d. l. quæ vulgo 41.*

Et de pauperie competit) Utilis scilicet. Nam ut ante dictum est, directa non competit de damno dato a fera bestia, sed nec utilis tunc aliter locum habet, quam si fera, quæ nocuit, adhuc in potestate sit. An nomine damni a cane dati directa de pauperie competat, dubitatum est, propterea quod Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit auctore Plutarcho; & similiter Plato *lib. 11. de lib.* (1) Verisimile autem est, decemviros a legibus Athenienssium suam sumpsisse. Quod ego in medio relinquo quoniam effectu juris nihil interest, utilem an directam competere dicamus, ut in specie, *l. 2. §. 1. h. tit.* Si pecus secundum naturam suam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depastum sit, non agitur de pauperie, sed propria actione de pastu pecoris, quæ & ipsa noxalis est, & simul dum de pauperie prodita lege 12. Tabular. Paul. 1. *sentent. 13. l. qui servandarum 14. §. ult. de præsc. verb.* Hodie noxæ deditio non usurpatur, sed damnum datum æstimatur arbitrio judicis, Wesemb. *part. hoc tit. n. 6.* Busius in *l. 1. §. plane 11. ff. hoc tit.* Grot. tamen, *lib. 3. introd. c. 38.* simpliciter jus Romanum refert, quasi noxæ deditio etiamnum posita sit in arbitrio domini; quod & Groenevv. *de leg. abrog. hic* affirmat. Invaluit quoque contra jus civile Rom. *l. Quintus 39. §. ad leg. Aquil.* ut pecus in alieno agro deprehensum includere liceat, quoad domino pascuorum satisfiat. Wesemb. *d. loc.* Baro Tuning. *hic.* Grot. *d. loc.*

Numquam actiones, præsertim pœnales) Hoc idem traditur in *l. pen. de oblig. & act. l. nunquam 130. de reg. jur. l. 2. de priv. delict.* De concursu plurium actionum longa & perplexa, neque hujus loci disputatio est, adeantur Pet. Fab. *ad leg. nemo 43. §. 3 dict. l. numquam 130. de reg. jur.* Don. *lib. 21. comm. 3.* Hotom. *illust. quæst. 29.* Tim. Fab. *disp. anniv. 29.* Bachov. *hic*, qui istam materiam ex professo & plene tractaverunt.

TITULUS DECIMUS.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommode nunc subjicitur de personis, per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere.

TEXTUS.

Per quos agere liceat?

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno. Alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agi non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujusvis tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sæpe hominibus impedimento sunt, quominus rem suam sibi exequi possint.

NOTÆ.

Pro populo) Pro populo agebat actor; syndicus, συνηγορος, quoniam universi agere non possunt.

Pro libertate) Quia servo jus non erat lege agendi quam ob causam assertor constituebatur. Livius *lib.* 3. *cap.* 44. Assertor est vindex alienæ libertatis. Donat. *in Andr. act.* 2. *scen.* 1.

Pro tutela) Id est, nomine tutorio pro pupillo: quippe qui propter ætatem ipse in judicio consistere non potest.

COMMENTARIUS.

Alterius nomine agere non posse) Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id est, certis ac solemnibus formulis constabant, *l.* 2. §. *deinde* 6. *de orig. jur.* quam proinde suo quemque nomine & præsentem proponere oportebat. Cujus rei argum. est caput illud in duodecim Tabulis, cujus meminit Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Si morbus ætatisve vitium ei sit, qui in jus vocabit, jumentum dato, si volet, arceramve sternito.* Sed postquam actus contentiosæ jurisdictionis qualitatem illam, ex qua olim legis actiones æstimabantur, amiserunt, cœperuntque per procuratores exerceri, soli actus jurisdictionis voluntariæ, quales fuit adoptio, emancipatio, manumissio, nomen vetus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eoque refero *l. nemo* 123. *de reg. jur.* add. quæ scripsimus ad §. *sed etsi* 8. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

Nisi pro populo, pro libertate, pro tutela) Hæ causæ necessario exceptæ: quoniam nec universi agere possunt, nec servo jus erat lege agendi; quam ob causam assertor constituebatur, *tot. tit. C. de assert. toll.* Pupillus autem propter ætatem in judicio consistere non poterat.

Pro tutela) Id est, pro pupillo, nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur de duobus inter se de tutela contendentibus, uter ipsorum tutor esse debeat: quod est inceptissimum.

Lege Hostilia) Pacius in notis marginalibus ait, hanc legem tulisse A. Hostilium consulem cum A. Atilio, anno ab urbe condita 580. quo auctore, nescio.

Non minimam incommoditatem) Usus procuratorum perquam necessarius est, ut, qui rebus suis superesse vel volunt, vel non possunt, vel non satis commode possunt aut honeste, per alios possint vel agere, vel actionem excipere, *l.* 1. §. 2. *de procur.*

Nam & morbus, & ætas, &c.) Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt, *l.* 1. §. 2. *de procur.* quo tamen semel recepto, etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi cœpit. VINN. enimvero quia non ferebant leges ut actiones legis admitterent procuratorem; JCti excogitarunt modum, quo possunt; procuratores salvo illo vetere principio *l.* 123. *ff. de reg. jur.* admitti. Fingebant enim procuratores quidem mandato constitui, sed litis contestatione fieri domino litis, adeoque non pro aliis lege agere, vel item excipere, sed pro se ipsis. Plura de hac fictione diximus in *Elem. Jur. Civ. sec. Ord. Inst.* §. 1246. *seqq.* HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis procurator constituatur?

1. *Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, immo & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur.*

NOTÆ.

1. *Procurator*) Procurator dicitur, quisquis aliena negotia mandatu domini administrat; *d. l.* 1. *pr.* & §. 1. sed ad propositam materiam pertinent soli procuratores forenses.

Neque certis verbis) *d. l.* 1. §. 1. id est, non verbis solemnibus, aut conceptis, sed nudis, Paul. 1. *sentent.* 3.

Cuicumque permiseris) Dummodo procurator esse non prohibeatur, §. *ult. infr. de except.* Pac.

Is tuus procurator intelligitur) Specialiter tamen procurator a reo datus, defensor dicitur; quem actor constituit, procurator, *tit. de procur. & defens.* qui sine mandato causam alterius defendit, ἀδεσπότως defensor dicitur, *l.* 28. *l.* 40. §. 2. *l.* 51. &c. *d. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Quale sit officium, & quæ potestas procuratoris, maxime hodie?*

PRocurator in usu juris dicitur, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Nec is tantum qui administrat forensia & judicialia, sed etiam qui alia quævis extra judicium, *l.* 1. *in pr.* & §. *de procur.* vid. *sup. tit. de mandat.* sed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

Neque verbis certis, neque præsente adversario) *dict. l.* 1. §. 1. Hic autem locus indicio est, olim certam fuisse formulam verbis quibusdam solemnibus conceptam, qua procuratores præsentibus advetsariis constituerentur.

Rem tuam agere aut defendere) Specialiter tamen procurator a reo datus defensor dicitur: quem vero actor constituit, procurator, nomine generis ad speciem oppo-

oppositam contracto *rub. de prorur. & def.* Specialissime autem defensor eum denotat, qui sine mandato absentis defensionem scripsit, §. *si vero* 5. *tit. seq.*

Jure Romano procuratoris officium privatum fuit: quod & nemo subibat invitus, *leg. invitus* 37. *Cod. de proc.* & quivis mandato domini exercere poterat, *l.* 1. *eod.* utique si non expresse procurator esse prohiberetur §. *ult. inf. de exc.* At moribus hodiernis procuratorum munus publicum est, cum in unoquoque foro certæ personæ designentur, juramentoque adiguntur, quæ solæ id munus obeant, singulorumque negotia exemplo advocatorum suscipere cogantur. Quod tuendæ forensis dignitatis causa institutum est, ne scilicet rerum forensium omnino imperiti negotia privatorum apud Magistratum defendant, *arg. l.* 1. *de postul.* Bart. *hic comm. part. ult. & sup. de mand.* Gail. 1. *observ.* 43. Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 13. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. cap.* 4. Christin. *vol.* 2. *decis.* 107. Zypæus *not. jur. Bel. de procur.* qui eodem loco etiam accurate docet quibus rebus advocati & procuratoris munia discrepent. Quæ sit potestas cujusque procuratoris, ex forma mandati, simulque ex mente domini æstimandum est. Aliquando enim plus videri potest mandatum quam expressum: ut ecce, ei, cui mandatum est in rem agere, censetur quoque, si res mobilis est, mandatum, ut agat ad exhibendum, *leg. ad rem* 56. *de proc.* Nam in universum cui aliquod negotium mandatum est, cuncta simul concessa videntur, sine quibus illud negotium explicari non potest, *leg.* 2. & ibi DD. *de jurisd.* Item procurator ad agendum datus poterit quoque dominium in mutua petitione, quæ forte a reo adversus eum fiet, defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit, hoc ipsum etiam cavere debet, *leg. servum* 33. §. *ait Prætor* 3. *de procur.* Ludov. *Rom. singul.* 115. Ex contrario quamvis generale sit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ verisimile est non facile quempiam mandaturum fuisse, cujusmodi sunt causa famæ, transactio, delatio jurisjurandi, similia, quæ idcirco dicuntur speciale exigere mandatum, *leg. non solum* 39. §. *ult. l. mandato* 60. *eod. tit. cap. qui ad agendum* 4. *x eodem in* 6. & ibi Glossa Wesemb. *par. de procur. n.* 7. *&* 11. Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 13. *cap.* 3. *&* 4. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. cap. cap.* 4.

TEXTUS.

Quibus modis tutores vel curatores constituuntur.

2 *Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.*

COMMENTARIUS.

TUtores & curatores aliis modis, quam procuratores constituuntur, nimirum aut testamento a parentibus, aut lege, aut a Magistratibus, quibus id specialiter permissum est, ut suis locis expositum est, *lib.* 1. *tit.* 13. *& seqq.*

TITULUS UNDECIMUS.

DE SATISDATIONIBUS,

Dig. Lib. 2. *Tit.* 8. *Cod. Lib.* 2. *Tit.* 57.

Continuatio. Cautio quotuplex.

QUoniam alieno nomine sine satisdatione agi non potest, multoque minus actio alieno nomine suscipi, non intempestive tractatio de satisdationibus subjicitur. Videamus igitur, quid satisdatio. Cautio sic alia dicitur, nuda, quæ est promissio securitatis sine pignore aut fidejussore; cui si jusjurandum accedat, dicitur juratoria, §. 2. *infr. eod.* alia idonea, quæ satisdatio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus, *leg. promissor* 21. §. 2. *de const. pec.* frequentissime tamen ea, quæ fit datis fidejussoribus, in specie satisdatio appellatur, *leg.* 1. *qui satisd. l.* 3. *C. de verb. sign.* & quoties lex aut Prætor satisdationem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, *l.* 7. *de stip. Prætor.* quamquam nonnunquam & pignora admittuntur, *l.* 1. §. *jubet*, 9. *de collat. l.* 2. §. 3. *quod legat.* Finis satisdationum & cautionum de quibus hoc titul. agitur, hic est, ut judicium, eaque, quæ in judicio usque ad sententiam aguntur, tanto magis rata sint, effectumque suum consequantur.

TEXTUS.

De judicio personali.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut si victus esset, nec rem ipsam restituere, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus. Quæ satisdatio appellatur judicatum solvi. Unde autem sic appelletur, facile est intelligere. Namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset judicatum. Multo magis is, qui rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator vero si in rem agebat, satisdare jubebatur, rem ratam dominum habiturum. Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, satisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.

NOTÆ.

Satisdatione) Satisdare proprie est fidejussoribus datis cavere, *leg.* 1. *qui satisd. cog. l.* 3. *Cod. de verb. sign. l.* 7. *de Præd. stip.*

Si alieno nomine judicium accipiebat) Quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus sine satisdatione, *leg.* 46. §. 2. *l.* 53. *de procur.* Cæterum & de rato cavere debebat, *l.* 40. §. 2. *hoc tit.*

Satisdare jubebatur, rem ratam, &c.) Nempe ubi de mandato domini non satis liquide docere poterat. *arg. leg.* 3. §. 2. *ut in poss. l.* 1. *Cod. de procur.*

neque enim, qui mandatum domini ostendit, supervacua cautione onerari debet, *d. l. C. de proc.*

COMMENTARIUS.

1 *Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato.*
2 *Sed neque tutorem, quem talem esse constat.*

Antiquitati placuit) Antiqui hujus juris vestigia non pauca nobis in ff, reliquerunt. Compositores, uti ex iis, quæ sequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus triplici distinctione, actionis in rem & in personam rei & actionis, personalium principalium & pro his judicio intervenientium.

Satisdare possessor compellebatur) Olim in actione in rem possessor satisdare judicatum solvi cogebatur, *l. 8. & alib jud. solv. l. si eum* 33. *de fidejuss.* Patet etiam ex *l. 1. C. uti poss.* si possessor non cavisset, possessionem in adversarium translatam fuisse, nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriorem: qua causa res mobilis nonnunquam sequestrari & apud officium deponi solebat, *l. 7. in fin. quisatisd. cog.*

Nec rem ipsam, nec litis æstimationem) Hic locus confirmat, quod *sup. de act. §. præterea* 31. asseruimus etiam civilem actionem in rem arbitrariam fuisse, id est, id ea quoque observari solitum, ut primo possessor juberetur rem restituere, post deinde si non restitueret, condemnaretur in litis æstimationem.

Cum eo aut cum fidejussoribus) Itaque contra quam Hotomannus existimat, reo condemnato, nec solvente, non tantum in fidejussores, sed etiam in ipsum reum agi ex hac stipulatione potuit, licet hic propria quoque actione, judicati videlicet, teneretur.

Judicatum solvi) Hæc stipulatio auctore Ulpiano, *l. 6. jur. solv.* tres clausulas in unum collatas habet de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his causis committitur, *l. 5. §. si reus* 8. *l. 5. §. 2. leg. cum quærebatur* 13. *l. ex clausula* 16. *eod.* Prima autem clausula omnium potissima est, & ideo inde nomen accepit.

Multo magis si alieno nomine) Olim qui in rem judicium alieno nomine suscipiebat, multo magis quam reus satisdare cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisdatione, *l. qui proprio* 46. *§. 2. l. non videtur* 53. *de proc.* Sed & præter solidam satisdationem judicatum solvi, etiam de rato cavere debebat, *l. Ponponius* 40. *§. 2. d. tit.*

Ipse autem qui in rem) Olim qui rem suo nomine agebat, satisdare non cogebatur. Quippe in cujus persona satisdatio judicatum solvi locum non habebat, cum actor non damnetur: neque verendum erat, ne iis, qui ultro litem intendit, moras necteret, litemve non persequeretur.

(1) *Procurator vero si in rem*) Ait, procuratorem actoris satisdare solitum fuisse rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore, seu eo, qui speciale mandatum domini profert, accipiatur, *l. 1. C. de procur. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. fac. l. si procurat. 65. de procur. l. unic. in princ. C. de satisdat.* Nam stultum esset, cautionem de rato exigi ab eo, qui mandatum domini ostendit: nec minus iniquum, ubi nullum periculum est, ne dominus iterum agat, procuratorem superflua cautione onerari. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio non admittitur, quamvis de rato cautionem offerat, nisi admodum raro, *d. l. Pomponius* 40. *§. ult. de proc.* Quomodo igitur defendimus enuntiationem Justiniani? Nimirum inter eos, quos procuratores esse aut non esse constat, sunt intermedii, qui se procuratores esse dicunt, & de mandato domini aliquam saltem fidem faciunt, quamvis de eo satis liquide docere non possunt, ac de his solis dicimus textum hunc intelligendum esse. arg. *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. 1. C. de proc.* quibus locis perspicue distinguitur inter eum, cui mandatum esse constat, & de quo dubitatur, ut ille ad agendum alieno nomine admittatur etiam sine cautione, hic non aliter, quam si de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & sine mandato personæ conjunctæ *d. leg. Pomponius* 40. *§. ult. de proc.* item procurator universorum negotiorum, *l. 5. §. qui procuratorio* 18. *de nov. op. nunc.* VINN. Et hinc hodie de rato non cavent, nisi qui vel mandatum non sufficiens exhibent, vel ex mandato præsumpto agunt, tanquam personæ conjunctæ. HEIN.

Tutores & curatores eodem modo) Ait, tutorum & curatorum eamdem in satisdando conditionem fuisse, quæ procuratorum fuit: sed aliquando his agentibus satisdationem remissam. Hæc quoque sententia falsa est. (2) Nam non magis tutores, quos tales esse constat, de raro cavent, quam procurator, quem talem esse certum est, *l. vulgo* 23. *de adm. tut.* ejusque rei perspicua ratio est, quam etiam Jurisconsultus *dict. loc.* affert, quia non minus tutor, quam procurator, rem in judicium deducit, ut metuendum non sit, ne pupillus iterum experiatur. Tunc solum cautio præstanda, cum dubitatur, an quis tutor sit, vel an adhuc duret tutela, *d. l. vulgo*, 23. Quod & in procuratore, cum de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propositionem cum Ulpiano *ut d. l. vulgo*, 23. dicamusque, tutores & curatores de rato non cavere. Adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut si debitetur an quis tutor aut curator sit, tum cautio jure exigatur.

Verbo edicti) Videtur intelligere caput edicti, quod recitat Ulpian. *leg. servum*, 33. §. *ait prætor.* 3. *de procur.* ubi qui alieno nomine actionem postulat, jubetur cavere, se eum, cujus nomine agere instituit, defensurum, si quid vice mutua ab eo reus petat, & simul eum, ad quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem speciale mandatum habentem, quippe quem constat de rato non cavere, ita nec ad tutorem pertinet, qui idem jus habet, ac tametsi altera illa cautio de defendendo eo, cujus nomine agitur, etiam a procuratore speciale mandatum habente præstanda sit: tamen tutores & curatores ne illa quidem satisdatione onerari placuit, *l. ult. §. 3. de adm. tut.* Sed de eo non quæritur.

TEXTUS.

De judicio personali.

1. *Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, quam in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, judicatum solvi satisdare non cogebatur.*

NO-

NOTÆ.

1. *Siquidem alieno &c. omnimodo satisdaret*) Judicatum scilicet solvi, *leg.* 5. §. *ult. quib. ex caus. in poss. omni modo*, id est etiamsi mandatum habeat, *l.* 21. *rat. rem. hab. l.* 1. *in fin. Cod. de satisd.*

Nemo defensor idoneus) Regula passim tradita. Defensor idoneus, id est, ἱκανὸς ἀξίωσις, locuples, ἀξιόχρεως.

COMMENTARIUS.

Ab actoris parte eadem obtinebant) Itaque qui in personam agebat, si quidem suo nomine, non satisdabat, sin alieno, satisdabat, rem ratam haberi, *l. servum*, 33. *in fin. de procur.* nisi de mandato constaret: nam ubi mandatum apparet, non est necessaria satisdatio de rato, ut supra probavimus.

Ab ejus parte, cum quo agitur) Jure antiquo qui in actione personali defensionem alterius suscipiebat, satisdare cogebatur judicatum solvi, *leg.* 5. §. *ult. quib. ex caus. in poss.* & uti est in textu, *omni modo*, id est, sive mandatum non haberet, sive haberet, quod etiam expressum in *leg.* 1. *in fin. C. de satisd. l. ne satisdatio*, 21. *rat. rem hab.* & satis intelligitur ex generali regula passim tradita, quod nemo alienæ rei defensor idoneus est sine satisdatione. Rationem hanc esse arbitror, quod suscepto judicii species quædam est delegationis, *l.* 11. §. 1. *de nov.* facitque, ut subtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde merito qui in locum rei succedit, & dominus litis efficitur, hac cautione oneretur, etiamsi mandatum habeat, ne invicto actori alius reus objiciatur. Et inde est, quod stricta ratione juris in procuratorem sententia fertur, & actio judicati datur: quamvis ex æquitate Prætor actionem in eum denegat, & in reum, cujus revera negotium gestum est, concedit, *l.* 4. *de re jud.*

Quod si proprio nomine) Qui suo nomine actionem in personam suscipiebat, judicatum solvi satisdare non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ ratio hæc redditur, quod in actione in personam reus non æque condemnationem evitare potest, quam in actione in rem, quippe mora obligationem perpetuat; at tandem vim adversus possessorem non habet, quem placet absolvi, etiamsi post litem contestatam possidere rem desierit, modo dolo & culpa careat, *l. fin. autem*, 27. §. 1. *de rei vind.* de quo plura scripsi ad §. *sic itaque*, 14. *in fin. sup. de act.*

TEXTUS.

Jus novum. De reo.

2. *Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur; sed pro sua tantum persona quod in judicio permaneat usque ad terminum litis. Vel committitur suæ possessioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.*

NOTÆ.

2. *Pro litis æstimatione*). Ἕνεκα τῆς δίκης μόνης τῆς δίκης, id est, judicatum solvi satisdare non cogitur: quæ satisdatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

COMMENTARIUS.

HOdie qui suo nomine quacumque actione convenitur, satisdare de litis æstimatione non cogitur. De litis æstimatione dixit pro judicatum solvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Sed pro sua tantum persona) Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ cautioni committuntur pauperiores, ut jurent scilicet se facturos, quod alias fidejussoribus datis, promittere debuissent; simul & hoc se idoneos fidejussores reperire non potuisse, *anth. general.*, *Cod. de Episc. & Cleric.* Personæ quoque illustres non satisdant, sed jurant, *l. quoties*, 17. *Cod. de dignit. lib.* 12. A reliquis exigitur satisdatio, exceptis iis, qui immobilia possident, *l. sciendum*, 15. *qui satisd. cog.* quos nec jurare tenere arbitror: alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco & in rubr. *qui satisdat.* opponitur cautioni juratoriæ? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni. Interpretes in *leg.* 1. *& dict. leg. sciendum*, 16. *dict. titul.* fere censent possessorem teneri ea bona simul hypothecæ obligare. Quod mihi a mente Jurisconsulti in *d. l. sciendum*, 15. valde alienum esse videtur. Quia cautio pignoratitia non minus idonea, immo aliquando utilior est, quam fidejussoria.

Usque ad terminum litis) Hæc igitur cautio plus continet quam vetus illa judicio sisti. Nam illi satisfit, si reus judicio exhibeatur, neque necesse est litis exitum expectare. Huic vero non satisfit, nisi terminus litis expectetur. Alia cautio est, quæ novissimo jure in executorem litis exponitur de contestanda lite intra duos menses. *Auth. libellum*, C. *de lit. cont.*

TEXTUS.

De procuratore actoris.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur, in actoris quidem personam, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur. Eodem observando & si tutor, vel curator, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.*

NOTÆ.

2. *Vel aliæ tales personæ*) Intellige syndicos, vel actores municipiorum aut corporum.

Litem per alium inferunt) Puta vel per procuratorem, *l.* 11. *Cod. eod.* vel per actorem quem ipse tutor aut curator ex sua persona constituere possunt, *leg. un. C. de act. a tut. seu cur. dand.* ipsi vero per se agentes non satisdant, *l.* 23. *de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

IN actoris persona) Qui ad agendum alieno nomine admitti postulat, siquidem mandatum probet, vel præsentis domini habeat auctoritatem, satisdare non cogitur rem ratam dominum habituruin, *l.* 1. *Cod. de satisd. l. si procuratorem*, 75. *de proc. l.* 1. *Cod. eod l.* 3. §. 2. *ut in poss. leg. l. no satisdatio*, 21. *rat. rem hab.* sin minus, sine satisdatione non admittitur. Sed nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, sed solæ personæ conjunctæ, *l. sed & hæ*, 35. *l. Pomponius*, 40. §. *ult. de procur.* item procurator omnium bonorum, *l.* 7. §. *si procurator*, 18. *de nov. op. nunc*, eademque conditione admittitur, cui mandatum sit, vel non sit, dubitatur *d. l.* 3. §. 2. *ut in pos. legat. d. l.* 1. *Cod. de proc.* & secundum hæc temperandi textus generales in *leg. servum*, 33. §. *ait prætor.* 3. *l. non solum*, 39. §. *de proc.*

Eodem observando & si tutor, vel curator, &c. litem per alium inferunt) Puta vel procuratorem a pupillo vel adulto constitutum tutore vel curatore intervenientе, *l.* 11. *Cod. de procur.* vel per actorem, quem ipse tutor vel curator ex sua persona constituere possunt, *l. un. Cod. de act. a tut. seu cur. dand.* §. *ult. sup. de curat.*

TEXTUS.

De procuratore rei præsentis.

4. *Si vero aliquis convenitur, siquidem præsens procurator dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire & sui procuratores personam per* judicatum solvi *satisdationem solemni stipulatione firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus* judicatum solvi *satisdationis clausulis. Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quam hæredes ejus obligentur. Alia insuper cautela vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quo tempore sententiæ recitandæ in judicium venict, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ in condemnatione continetur nisi fuerit provocatum.*

COMMENTARIUS.

DE eo, qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio est. Prima de procuratore rei, id est, eo qui mandatum defendendi habet; de quo agitur *hoc* §. Altera de eo, qui mandatum non habet, & in specie defensor dicitur; de quo §. *seq.*

Potest vel ipse in judicium venire, &c.) Superius dictum est, eum, qui alienæ litis defensionem suscipit, teneri omnino satisdare judicatum solvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem suum ab hoc onere liberare valeat; nimirum si ipse pro procuratore suo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris sui existat fidejussor.

Pro omnibus judicatum solvi clausulis) Nempe tribus illis de re judicata, de re defendenda, de dolo maio, *l.* 6. *jud. sol.*

Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur) Legendum omnino, *ubi de hypotheca rerum suarum cavere compellitur*. Nempe quoniam ipse reus principalis hic fidejussor est, qui etiam alias tenetur, præter satisdationem non amplius ab eo exigitur, ut etiam bona sua hypothecæ obliget, quo certius actori cautum sit.

Alia insuper cautela, &c.) Duplicem igitur cautionem in proposito reus præstat; unam pro persona procuratoris sui, alteram pro persona sua. In illa ipsa fidejussor est; in hac, qua promittit, se tempore recitandæ sententiæ in judicium venturum, fidejussor non est, nec esse potest, sed alium fidejussorem dat qui idem adpromittat.

Propter personam ipsius exponenda) Non a procuratore, ut male nonnulli, scilic. Accurs. & Curt. Theoph. interpretes, sed ab ipso reo, a quo manifeste tam hanc quam superiorem cautionem exigit Justinianus. Fabrot. Nec minus aperte Theophilus, paraphrastes Græcus. Nam verba illa, *a procuratore*, non sunt Theophili, sed emblema Curtii interpretis Latini. Quod mirum est in editione Theophili non animadvertisse D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejussor.) A reo in causam propositam datus. Theophilus, παῖτα παρέξει αὐτὸς ἢ ὁ κύριος αὐτοῦ, vel ipse, vel fidejussor. Et ita Cujac., *in nos poster.*

TEXTUS.

De procuratore rei absentis.

5. *Si vero reus præsto ex quacumque causa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia, inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere; ita tamen ut satisdationem* judicatum solvi *pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*

COMMENTARIUS.

AD agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos supra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisdationem judicatum solvi pro litis æstimatione præstare, *l. un. Cod. de satisd.* Cur tam varie? Nimirum humanum est, atque ideo publice expedit, absentes a quibuscumque posse defendi, *l. servum* 33. §. 2. *de procur.* nulla vero aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest rei, ne conveniatur a falso procuratore, quoniam dominus iterum experiri potest; nihil autem interest actoris, a quo reus defendatur, modo ideonea satisdatio ea, quam diximus, præstetur. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim ante cavit, dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem, *l. Titius*, 76. *de Procur.* & in ipsum actio judicati datur, *l. Plautius*, 61. *dict. tit. l.* 4. *de re judic.*

TEXTUS.

Unde hæc forma discenda?

6. *Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.*

Ubi hæc forma observanda.

7. *Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam* forte

forte aliter celebratur, obtinere censemus: cum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam, sequi.

NOTÆ.

6. Judiciorum usu) Usus est omnium rerum optimus magister.

7. Non solum in hac regia urbe) Constantinopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata est, quod in eam imperii sedes translata. Græci πόλιν κεκτῆσαι, πόλιν βασιλεύσαι appellant. Byzantium ante dicta fuit.

COMMENTARIUS.

1 *Hodiernus satisdationum modus & usus.*

HÆC non indigent interpretatione. Cic. *lib.* 1. *de offic. cap.* 28. *Nec medici, nec imperatores, nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum sine usu & exercitatione consequi possunt.* Usus satisdationum hodie perexiguus præterquam adversus debitores extraneos, quod detinuimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur, eligere. Actor non de alia cavet, quam de æstimatione sumptuum litis reo forte vincenti repensanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, si domicilium sub jurisdictione judicis, apud quem agitur, habeat, vel etiam bona immobilia possideat. Procurator sine mandato ad litigandum non admittitur, nisi arcto sanguinis aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus sit; quo casu admitti solet cum cautione de rato. Defensor idoneum mandatum exhibens judicatum solvi satisdare non tenetur; vid. Gloss. Joann. Fab. *hic*. Tulden. *cap.* 2. & 3. Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 13. *cap.* 1. & *deinceps*, & *sect.* 3. *titul.* 5. *cap.* 1. Wesemb. *qui satisdat. cog. num.* 6. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. cap.* 4. & 5. Christin. *volum.* 2. *decis.* 145. & *ibi citat.* & Nævi *ad*. Groenevv. *dell. abrog. hic per tot.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE PERPETUIS, ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HÆREDES ET IN HÆREDES TRANSEUNT.

Cod. Lib. 4. *Tit.* 11.

Continuatio.

QUoniam actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt: neque etiam omnes, quæ in defunctum competebant, æque in hæredes dantur; & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto; non abs re est, quod hic titulus superioribus subjiciatur ad tractationem de actionibus concludendam.

TEXTUS.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve consulto sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquius competere, donec sacræ constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria Prætoris jurisdictione pendent, pleramque intra annum vivere: nam & ipsius Prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenditur, id est, usque ad finem constitutionibus introductum; quales sunt ea, quas bonorum possessori, cæterisque, qui hæredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

NOTÆ.

Prætoris intra annum erat imperium) Prætores in annum creabantur, Liv. 32. 27. Tac. annal. 1. Prætorum anniversariorum edicta erant annua, quæ quisque proponebat initio magistratus sui ex lege Cornelia. Dio 36.

Quas bonorum possessori) Bonorum possessor & fideicommissarius Trebellianus pro hæredes sunt Fabro.

COMMENTARIUS

1 *Recte inter actiones prætorias numeretur fideicommissaria hæreditatis petitio?*

EX *lege &c.*) Actiones, quæ ex lege, Senatusve consulto, aut ex principum constitutionibus proficiscebantur, olim perpetuo solebant competere. Nimirum cum legis & similium juris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus profectas nullo tempore finiri.

Donec sacræ constitutiones actionibus certos fines dederunt) Quod publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores & debitores securi forent, *arg. leg.* 1. *de usuc.*

Certos fines dederunt) Ut scilicet actiones triginta & ad summum quadraginta annorum præscriptione excluderentur, *leg.* 3. & 4. *Cod. de præscript.* 30. *annor. l.* 1. §. 1. *Cod. de ann. exc.* quod tempus nunc abusive perpetuum dicitur. Paucæ sunt, quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, sed uno duntaxat casu, videlicet cum ipse debitor hæresve ejus obligatæ possessioni incumbunt, *l.* 7. §. 1. *Cod. de præscr.* 30. *annor. l.* 1. §. *in fin. Cod. de ann. exc.* Nam extranei possessores bona fide possidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30. annorum præscriptionem opponere possunt, *leg.* 1. & 2. *Cod. si adv. cred. præsc. d. l.* 7. *in princ. Cod. præscr.* 30. *annor.* Tuld. *ad d. tit.* Christin. *volum.* 4. *disis.* 91. *num.* 9. quamquam & ubi una fide possidetur, 30. annorum spatium requiri, Senatus hujus provinciæ judicavit *decis. Cur. Holl.* 8. Ad hæc actiones omnes judicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur, *dol.* 1. §. 1. *in fin. de ann. exc.*

Tum

Tam in rem) Actiones in rem non minus quam actiones in personam olim perpetuæ fuerunt: utræque autem nunc eodem temporis spatio, id est, triginta annis terminantur. Neque enim illæ, quæ in rem sunt, simplici exceptione temporis decem annorum inter præsentes, viginti inter absentes excluduntur, sed propter possessionem alterius conjunctam cum titulo & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei possessæ jure civili acquiritur.

Quæ ex Prætoris jurisdictione pendent) Ait actiones, quæ ex jurisdictione Prætoris veniunt, plerumque unum duntaxat annum durare, & subjicit pro ratione, quod Prætoris edictum, unde proficiscuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio si bona est, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, sed semper anni spatio finiri; & credibile quoque est, initio ullas diuturniorem vim habuisse, quam habebat ipsum edictum, ex quo descendebant; sed postea nonnullas cœpisse perpetuo competere, postquam non tam Prætorem quam Præturam spectari placuit, atque ex edictis, maxime quæ evidens commendabat æquitas, perpetuo jus dici. De quo vide Ascon. *in orat.* Cicer. *pro Corn. Barbo*, & August. *de legib. populi Romani*.

Aliquando in perpetuum extenduntur) Immo sæpe. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, veluti Publiciana, de constituta pecunia, ex jurejurando, exercitoria, institoria, de peculio, &c. perpetuæ sunt, id est, 30. annos durant, nisi sit, quæ rescindat quod jure civili ratum est, *leg. in honorariis, 55. de obl. & action.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

Bonorum possessori cæterisque qui hæredis loco) Significat duas hasce in rem actiones de universitate, possessoriam hæreditatis petitionem, & fideicommissariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait esse perpetuas, licet jure Prætorio constitutæ sint. Perpetuas esse constat, priorem quoque, prætoriam utpote, proditam bonorum possessionibus, quos Prætor velut hæredes facit, *leg.* 1. *de possess. hæred. petit.* (1) Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, non videtur esse juris Prætorii, sed actio civilis, quippe iis competens, qui pro hæredibus sunt ex Senatusconsulto. Nisi distinguendum putamus inter petitionem hæreditatis, & actiones hæreditarias, *arg. leg.* 2. *de fid. hær. pet.* Sed dixerim potius, eo loco jus civile in specie per excellentiam accipi pro jure antiquo legis duodecim Tabularum, & opponi petitionem hæreditatis civilem petitioni fideicommissariæ, non ut actioni Prætoriæ, sed ut novo jure civili introductæ, nimirum Senatusconsulto Trebelliano. Nam minime novum est ut hoc sensu jus civile opponatur iis juris partibus, quæ postea accesserunt, puta Senatusconsultis aut Principum constitutionibus §. 3. & 6. *supra de fideicomm. hæred.* §. 3. *de testam. ord.* VINN. Sed proculdubio Jurisconsultus, quem hic Tribonianus exscripsit, non ignoravit, fideicommissariam hæreditatis petitionem esse actionem Prætoriam. Quamvis enim fideicommissa ex moribus sint, vel ex Senatusconsulto, non tamen sequitur, ut vel mores, vel Senatusconsultum etiam actionem dederint fideicommissario ad petendam a tertio hæreditatem. Immo legibus consentaneum non erat, hæreditatem ab eo peti, qui stricto jure non sit hæres. Prætor itaque hic adjuvit jus civile & dedit fideicommissariam hæreditatis petitionem. Quin non dubito, Prætores fideicommissariam hanc actionem in albo suo proposuisse. Nec obscure hanc actionem Prætoriam esse docet Jurisconsultus, dum eam hæreditatis petitioni civili opponit in *leg.* 2. *ff. de fideicom. hæredit. petead.* HEIN.

Furti quoque manifesti actio) Actiones Prætoriæ pœnales regulariter tantum intra annum dantur, *leg. in honorariis, 35. de obl. & act.* Excipitur actio furti manifesti, quæ, quamvis & ipsa Prætoria sit & pœnalis, perpetua tamen est. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus Prætor pœnam furibus manifestis constituit, sed eam, quæ ex lege duodecim Tabularum constituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. *supr.* §. *pœna, 5. de obl. quæ ex del.* Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut stabulo facto, item actio adversus publicanos, quamvis & hæ prætoriæ sunt & pœnales, perpetuo tamen competunt, *l. ult. naut. caup. stab. l. sed & hi,* 13. §. *ult. de publican.* Judicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur, *l.* 12. *C. ad l. Corn. de falsi.* Sed ea huc non pertinent.

TEXTUS.

De actionibus, quæ in hæredes transeunt vel non.

1. *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut a Prætore dantur, & in hæredem æque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere; veluti furti vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed hæredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, & qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra hæredem non competit, veluti cum testator dolose versatus sit, & ad hæredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus; si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, & hæredibus dantur & contra hæredes transeunt.*

NOTÆ.

1. *Aut ipso jure*) Id est, jure civili, ut §. 10. *supr. de act. l.* 9. §. 1. *usu. fr. quemadm. cav.* Theoph. κατ' ἀπὸ τῆς πολιτικῆς.

Excepta injuriarum actione) Quia vindictæ magis, quam pecuniæ persecutionem habet, *l.* 2. §. 4. *de collat.*

Aliquando ex contractu actio, &c.) Sensus hic esse videtur, etiam aliquando ex contractu actionem adversus hæredem non dari, cum testator dolose versatus est, & nihil ad hæredem ejus ex dolo pervenit, contra regulam *l.* 12. *l.* 49. *de obl. & act. l.* 152. §. 3. *de reg. jur.* De deposito miserabili hoc plerique putant accipiendum, *l.* 1. §. 1. *depos.*

Fuerint contestatæ) *Leg.* 26. *leg.* 58. *de oblig. & action. l.* 139. *l.* 164. *de reg. jur.* quod ex eo est, quia judicio accipienda nova contrahitur obligatio judicati, *leg.* 1. 5. 11. *de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, etiamsi quæ ex edicto.*
2 *Ostenditur perspicue condictionem furtivam, & actionem rerum amotarum, contra hæredes etiam dari in solidum.*

3 *In hæredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*

4 *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius persequantur, quam quod abest.*

5 *Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus?*

6 *Cur actio injuriarum ne hæredibus quidem detur?*

7 *Quibus casibus ex contractu actio non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit?*

8 *Actiones omnes judicio inclusas perpetuari, & quid hic juris hodie?*

ACtionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem, sed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus, neque contra hæredes. (1) Et hæredibus & contra hæredes dantur, quæcumque rei tantum persequendæ causa comparatæ sunt, nisi quod actio in rem tantummodo respectu possessionis in hæredem datur; quippe quæ possessorem semper sequitur, *l. si in rem, 42. de rei vind. l. act., 25. de oblig. & action.* Dum autem actio præter rei persecutionibus nihil contineat, non distinguimus in proposito, utrum ea sit ex contractu an ex maleficio: sed utroque casu non minus in hæredes, quam hæredibus actionem dari contendimus; & quidem in hæredes in solidum; hoc enim semper intelligendum est, cum simpliciter dicitur actio in hæredem dari. De actionibus, quæ ex contractu descendunt, res est expedita, *leg. 1. & tot. tit. Cod. de hæred. action.* adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in hæredes in solidum dari, *l. 7. §. 1. depos. l. 12. l. ex contractibus, 49. de oblig. & action. leg. ad ea, 157. §. ult. de reg. jur.* De iis vero, quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse constat conditionem furtivam, & actionem rerum amotarum, *leg. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier, 21. §. penult. de act. rer. amat.* ambigitur, non ubique, an hæredibus aut contra hæredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra hæredes in solidum. Nam hoc negat Cujac. *7. observ. 37. & 13. observ. 39.* Lyclam. *1. membran. 18. & lib. benedict. passim.* (2) Ego vero existimo, etiam his actionibus, hæredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæ duæ actiones absolute dicuntur dari in hæredem, *leg. 2. l. 7. v. 2. de cond. furt. §. ult. supr. de oblig. quæ ex delict. leg. 6. §. 4. de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo, dari eas adversus hæredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescumque actio simpliciter in hæredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum: cum vero in solidum non datur, sed quatenus ad hæredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur: ut patet ex *leg. Julianus, 16. de jud. l. inde Neratius, 23. §. hanc actionem, 8. da l. Aquil. l. hæc actio, 13. de serv. corr. l. 9. §. 1. quod falsi tut. l. 3. §. penult. si mens. falsi. mod. l. 1. de priv. del. leg. 2. §. ultim. vi bon. rapt. l. in honorariis, 35. de oblig. & action. l. pupillum, 111. §. 1. de reg. jur. §. his autem, 9. sup. de leg. Aquil. §. ultim. de oblig. quæ quasi ex del. item hoc text.* & innumeris aliis locis. Secundo, quia regulæ earum actionum, quæ in hæredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, *leg. 1. de privat. del. leg. sicut, 38. leg. pupillum, 111. §. 1. de reg. jur. l. inde Neratium, 23. §. hanc actionem, 8. ad leg. Aquil. & hoc text. leg. penult. de op. nov. nunc.* Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutoriæ, eas in hæredem dari: quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At condictio furtivi, & actio rerum amotarum non pœnam, sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundum hæc Imperator in §. *his autem, 9. supr. de leg. Aquil.* negat, actionem legis Aquiliæ in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed, quia pœnalis, addens, transituram eam fuisse, si ultra damnum datum nunquam lis æstimaretur. Dicitur sane nonnunquam, actiones ex delicto venientes adversus hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur pœnales, ut in *leg. unic. Cod. ex del. def.* Sed quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo quod plurimum & fere semper fit, conceptas sic accipere, si agatur de eo, quod defunctus delinquit, id est, ad pœnam. At in condictione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantum de eo, quod ex patrimonio nobis abest, nec quicquam amplius persequuntur, *leg. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier, 21. §. penult. de action. rer. amot.* Jam vero ob hoc solum actio pœnalis non habetur, quod constituta est adversus eum, ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, nisi & factum puniat, & in dolum concepta sit, *l. 9. §. 1. quod falsi tut.* de quo amplius postea. Postremo movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi diserte J. C. ait, in condictione ex causa furtiva hæredem, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri: si vero plures sint hæredes, singulos pro partibus hæreditariis. Quod si hoc obtinet in condictione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cum aperte testetur Paulus, in *leg. 6. item hæres, 4. de act. rer. amot.* ex causa rerum amotarum teneri hæredem mulieris perinde ac tenetur hæres condictionis nomine ex causa furtiva; ac proinde quod rescribunt Impp. in *l. ult. C. rer. amot.* actionem rerum amotarum adversus hæredes dari non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hæreditate, non autem de rebus amotis; ut si plures sint hæredes, non singuli in solidum tenentur, sed universi, singuli autem pro ea parte, pro qua hæredes extiterunt: secund. *d. l. 9. de cond. furt.* aut si cum Ant. Fab. *conj. 1.* de rebus amoris rescriptum intelligi volumus, supponendum erit, totum ad hæredes pervenisse, non ad unum aliquem, sed ad singulos pro parte. Quæ actiones hæredibus competant, in hæredes autem non dentur; tum quæ neque hæredibus, neque adversus hæredes competant, docebit nos textus, ad cujus explicationem tempus est ut accedamus.

Aut ipso jure) Ipso jure aliquando idem valet, quod jure solo, sine aliquo facto nostro, veluti sui hæredes dicuntur ipso jure hæredes existere: aliquando idem quod jure civili, non jure Prætorio, ut in §. *actiones, 10. supr. de act. l. 9. §. in usufr. quæ cau. & hoc loc.* Itaque ipsum jus hic excellentiam notat.

Ex maleficiis pœnales) Actiones ex maleficiis pœnales hæredibus dantur; at in hæredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, ut & alibi regula concepta est, *leg. 1. de priv. delict. l. sicut, 38. leg. pupillum, 111. §. 1. de reg. jur.* (3) Quid ergo si qua sit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis, quæ in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in hæredem vero ex dolo defuncti in simplum, *leg. 1. §. 1. leg. de eo, 18. depos.* Plane huc non pertinet actio, qua petitur pœna conventione promissa: nam pœnam stipulamur loco ejus, quod interest,

§. *ult.*

§. *ult. supr. de verbor. oblig.* vid. §. *seq. 16. sup. de act.* Excludit autem regula eas, quæ sunt ex maleficio rei persecutoriæ quas etiam adversus hæredes dari paulo ante probavimus. Illud ignorandum non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius quam quod abest persequantur, de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid abest, atque ita a parte actoris rei persecutionem contineat; pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in hæredem non datur, *l. 9. §. 1. quod falsi. tut.* Talis est actio de dolo, *leg. in hæredem, 26. de dol. mal.* item ea, quæ adversus falsum tutorem datur, *dict. l. 9. §. 1. quod falsi. tut.* (4) Talis quoque est adversus mensorem, qui falsum modum dixit, *leg. 3. §. penult. mensi. falsi. mod.* item quæ proponuntur in *leg. 7. §. ultim. de trib. action. leg. 1. §. ultim. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. leg. 1. §. ultim. de eo per quem factum erit, quomin. quis in jud. leh. penult. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. leg. 4. in fin. leg. 6. & 7. de alien. jud. mut. ea.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persecutionem; nimirum quia actor per eam in tantum quod sibi abest, persequitur: a parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & in dolum concepta est. (5) At cum hæres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quam in commoda, quæ ratio est, quod in proposito tantum commodum actionum pœnalium ad hæredes transire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, pœnam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxa non est, *leg. penult. de op. nov. nunc. leg. sicut, 38. de reg. jur. leg. sancimus, 22. Cod. de pœn.* Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam hæredibus esse extorquenda; ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in hæredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant, *leg. 5. de calumn. l. 16. & ult. & leg. seq. quod met. caus. leg. in hæredem, 26. de dol. l. unic. C. ex. del. def.* cum similib.

(6) *Exceptæ injuriarum actione*) Actio injuriarum neque hæredibus, neque in hæredes datur, *l. injuriarum, 13. in princ. de injur.* Quod non datur in hæredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus: quod hæredibus non datur, ejus proprium est, & hanc rationem habet, quod in ea non principaliter de damno sarciendo, sed de contumelia vindicanda agit, *leg. 7. §. 1. eod.* quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacite remisisse intelligitur: de quo dixi ad §. *ultim. sup. de injur.* & hinc est, quod actio injuriarum in bonis nostris non imputatur, antequam litem contestemur, *leg. injuriarum, 28. eod.*

Si qua alia similis) Similes habes in *leg. penult. de in jus voc. leg. penult. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. Cod. de reb. don.* Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti: nam & hæc injuriam exhæredato aut præterito illatam quasi usciscitur, *Nov. 115. cap. 5.* & non nisi præparata ad hæredes transit, *l. 6. §. ultim. cum leg. seq. de inoff. testam.*

(7) *Aliquando etiam ex contractu actio in hæredem non competit*) Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrens ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt, & in dolum conceptæ sunt: quales sunt actiones in factum adversus falsum tutorem, & adversus mensorem, qui falsum modum dixit; item actio tributoria, quæ dolum malum domini coercet maleficiose in distribuendo versati: nam hæ actiones licet ex contractu sint, tamen in hæredem rei, quia hac parte pœnales non dantur, nisi de eo quod ad eum pervenit, *leg. 9. §. quod falsi. tut. leg. 3. §. penult. si mens. fal. mod. leg. 7. & ult. de trib. act.* Alias ex contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, sed in solidum tenentur, *leg. 12. leg. ex contractibus, 49. de oblig. & action. ad ea, 157. §. ultim. regul. jur. leg. 7. §. 1. depos.* ubi Jurisconsultus cum dixisset, actionem depositi ex dolo defuncti in solidum in hæredem dari, hanc rationem subjicit, *quamquam enim*, inquit, *alias ex dolo defuncti non solemus teneri, visi pro ea parte quæ ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, ideoque in solidum hæres tenetur; plures vere pro ea parte, qua quisque hæres est*: qui locus sententiam nostram mire confirmat. Ex his autem apparet, insigniter errare Theophilum, qui pro exemplo adducit actionem depositi, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, si nihil ex eo dolo ad eum pervenit; contra tot expressos textus. Nec excusari potest hoc obtentu, quod intellexerit actionem depositi miserabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etsi nihil ad eum pervenit: & quamvis non in duplum, in solidum tamen: quoniam utique simplum solidum est, & pœna alterum tantum, *leg. 1. §. 1. de eo, 18. depos.*

Veluti) Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorumdam Codicum delendam censent: quod mihi non videtur necessarium, cum & retenta ea constet, & recta sit loci sententia.

(8) *Fuerint contestatæ*) Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerunt, quod fit litis contestatione, salvæ permanent, *leg. omnes, 139. de reg. jur.* Morte dicuntur perire pœnales, propterea quæ in hæredes rei non dantur, licet active transeant: at lite contestata & active transeunt passive, *leg. omnes, 26. l. sciendum, 58. de oblig. & action. leg. pœnal. 164. de reg. jur. leg. unic. Cod. ex del def.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *leg. 3. §. idem scribit, 11. de pecul.* Postea constitutionibus placuit, pœnæ persecutionem transmitti, si modo reus vivus contentus fuerit, quasi lite cum eo contestata, *leg. 33. de oblig. & action.* Apud nos pœnales actiones nullæ sunt, si injuriarum actionem excipias: quoniam, ut sæpe alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterum hæres ex delicto defuncti, etiamsi lis a defuncto contestata non sit, tenetur non id tantum, quod ad eum ex delicto defuncti pervenit, secundum scita juris civilis, sed damnum a defuncto datum sarcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur: quod cum jure Canonico primum cautum esset, *cap. in litteri., 5. de rapt. cap. ultim. de sepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. Joan. Fab. *hic.* Covarr. *lib. 3. resol. 3. num. 7.* Imbert. *in enchirid.* Papon. *lib. 24. arrest. tit. 11. arrest. 3. & ult.* De quo plura Christ. *vol. 3. decis. 22. num. 2. & seqq.* add. Groenevv. *de leg. abrog. ad tit. Cod. ex delict. defunct. in quantum hæred.*

TEX-

TEXTUS.

Si pendente judicio reus actori satisfecerit.

2. *Superest, ut admoneamus, quod si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfacit actori, officio judicis convenit eum absolvere; licet in ea causa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet, & hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria.*

NOTÆ.

2. *Convenit eum absolvere*) Quod Theophil. interpretatur, *liberatum ab actione dimittere.* Alii. *officio judicis convenire, ut etiam sententia sua eum absolvat:* quod & ratio juris exigere videtur, *l. 1. de re judic.* & reo utilius est propter exceptionem rei judicatæ.

Omnia judicia absolutoria) Locus singularis.

COMMENTARIUS.

QUemadmodum debitorem ante receptum judicium bonam fidem agnoscentem & paratum solvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione, ad solvendam pecuniam, *l. si debitori, 21. de judic. ex judicat. 17. jud. solv.* ita etiam æquum est audiri eum, qui post acceptum judicium ante rem judicatam satisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus actoris deterius factum est, & in quo alias fieret condemnatio, fac. *l. si reus, 35. de proc. l. 5. de publ. & vect. l. ult. quæ in fraud. cred.*

Eum absolvere) Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut simpliciter reus satisfaciens dimittendus sit ab instantia, & liberandus molestiis judicialibus, quomodo Theoph. & Horom. interpretantur: vel ut absolvendus sit etiam sententia judicis: quod posterius & rationi juris magis conveniri videtur, cum judici incumbat aut damnare reum, aut absolvere, *l. 1. de re jud.* & reo longe utilis est, quoniam alias non haberet exceptionem rei judicatæ.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXCEPTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 36.

Ratio dispositionis. Omnem reum ad defensionem suam vel inficiatione uti, vel depulsione: & quid utraque. Quid sit exceptio? unde hoc nomen natum? & alia observatu digna.

QUidquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio; actio a parte actoris, cujus in omni judicio sunt partes primæ: exceptio a parte rei; cujus sunt secundæ: de actionibus hactenus quæsitum est: de exceptionibus adhuc agnoscendum: & quidem de iis solis, nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. Inficiatio est, cum negat, ullam actori esse actionem de eo, quod petitur. Ea vero aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cum reus simpliciter negat, id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam quæ ab actore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum confitetur quidem actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea amissam: exempli gratia: si actor, dicat ideo agere non posse, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio aperte nihil in judicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantum quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id est, solum tractatur in judicio, an verum sit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi a reo oppositæ disputatur: ac probante actore reus condemnatur, non probante, simpliciter absolvitur. Covarruv. *in C. possess. mal. fidei. 2. de reg. jur. in 6. p. 1. relict. init. n. 5. Wel. par. hoc tit. n. 2.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubie in judicium deducitur, ac proinde a reo probanda est, *leg. 1. C. de probat.* sed deducitur per consequentiam duntaxat: principaliter enim eo spectat, ut ostendatur, vere negare reum, actionem actori competere. Depulsio est, cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quam in facto ea defensione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu juris exceptio appellatur. Si quis hic mihi Rhetorum libros adire velit, poterit forsassis nonnihil lucis etiam inde sibi ad hæc melius intelligenda sumere. Exceptio igitur est defensio rei, quæ actioni, aliquo jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit: hic in *princ. l. 12. de dol. mal. exc. l. 2. hoc tit.* Exceptio omnis recte defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causa, *hoc tit. in princ.* At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantum, quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ vero allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnantia sunt Jurisconsultis, liberari ipso jure, & liberari per exceptionem, *l. qui servum, 34. §. 1. de obligat. & action.* quamquam usu Interpretum jam obtinuit ut omnis generis defensio, quæ modo agentis intentionem repellit sive juris sive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis. Mynsi. *ad rubr. hic num. 12.* Greg. Tolos. 21. *synt. 17. n. 5.* vide Covarruv. *dict. loc. num. 4. & 5.* Sed quomodo reus exceptione uretur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni opponatur, unde passim legimus, exceptionem opponi, objici, obstare, exceptionem occurrere, &c. Etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omissa ad liberationem reo non prodest. De tempore opponendæ exceptionis dicemus inferius. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod sub exceptione dabatur; sic enim Prætor subjiciebat, *nisi, si non, extra quam si, illud* aut *illud* factum erit; aut si quæ particulæ eamdem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellatur, *leg. exceptio, 22. hoc tit.* ubi quæ extat definitio exceptionis, a conceptione sumpta est, sicut Ulpianus in ab effectu utendi modo. Vid. Duaren. *ad leg. 2. eod.* *leg. 7. §. 2. de pact.* Cujacius 5. *observ.* 34. P. Faber *ad l. 154. de reg. jur.* Sed & exceptio omnis præscriptio dicta: & inde Græcis παραγραφή, *leg. penul. hoc tit.*

l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. judicati, 29. de exc. rei jud. l. si debitor, 91. de solut. cum similibus: de cujus verbi ratione cons. Alc. *de quinq. ped. præscript.* Don. *in rubr. C. hoc tit. num. 5.* Rævard. *1. de præjud. 8.* Petr. Fab. *1. semest. 23.*

TEXTUS.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut licet ipsa persecutio qua exactor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

NOTÆ.

Ut, de exceptionibus) Exceptio est defensio rei, quæ actioni, alioquin jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit, *l. 2. hoc tit.* alias præscriptio dicitur, *leg. 8. Cod. tit. 35.* Græcis παραγραφή.

Justa sit) Inspecta scil. stricta ratione, & rigore juris; iniqua autem, inspecta summa ratione, & naturali æquitate. Quæ autem allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, exceptiones proprie non sunt, sed aliæ species defensionum.

COMMENTARIUS.

Defendendorum eorum gratia) Unde vulgo notant, exceptiones esse juris naturalis & gentium, cujus scilicet juris defensio est, vvel. *hoc tit. num. 8.* Ob eamdem causam nonnulli censent, verbum excipere translatum esse ab armis militaribus ad forensia, puta, clypeo aut scuto, quibus tela in nos directa excipimus & retundimus. Non male fortassis, sed non ex usu auctorum juris.

Ipsa persecutio justa sit) Non continuo, si actio justa sit, id est, ipso jure comparata, seu summo jure constituta, justa est in eum, quo cum agitur: verbi gratia, si quis dolo inductus stipulanti promiserit, is quidem subtilitate juris ex promissione sua obligatur: sed quoniam per machinationem adversarii obligatus est, iniquum est, eum condemnari, ac proinde contra agentem exceptio doli ei proposita est, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit, *leg. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Quod si nulla subsit actio jure civili constituta, vel quia reus dicit, nullam unquam actori competiisse, vel eam quæ fuit, ipso jure sublatam: hæc allegatio exceptio proprie non est; sed alia species defensionis, ut jam ante ostendimus.

TEXTUS.

Exempla. Quod metus causa de dolo, & in factum.

1. *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandam actionem.*

NOTÆ.

1. *Jure civili te obligatum*) Id est, subtilitate juris civilis, *dict. l. 36. de verb. oblig.* Dolus metusve adhibitus non impedivit, quominus actio nascatur, *l. 5. de inut. stipul.* Verum enim utique est, alterum stipulatum esse, & te promisisse, atque ita contractam verborum obligationem.

Datur tibi exceptio) *D. leg. 36. & dict. leg. 5.* tot. tit. *de dol. mal. & met. exc.* & ita eventu inspecto inanis efficitur actio opposita exceptione, *leg. 102. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur, qui metu coactus promisit, ipso jure obligetur?*
2. *Quæritur idem de eo, qui dolo inductus.*
3. *De quo genere erroris hic locus accipiendus.*
4. *Exceptio in factum qualis, & unde?*

ILlustrat exemplis, quod dixit sæpe accidere, ut actio, qua quis experitur, summo jure teneat, sed iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter, vel quia jam a principio iniqua est, vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantum supersit solius vinculum juris civilis, quod quidem ita nos astringit, ut summo jure in nos sit actio, sed quæ propter defectum æquitatis sit inefficax ad condemnationem, si exceptio opponatur.

(1) *Metu coactus*) Qui metu coactus aliquod promittit, ipso jure obligatur propter consensum; quia voluntas, licet cocta, voluntas tamen est, *l. si mulier, 21. §. pen. quod met. caus.* nimirum utrum quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore æstimatur, quo getitur. Jam vero illud quod eligitur, quo tempore metus infertur, respectu majoris mali, quod vitatur, boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo cons. Arist. 3. *eth.* 1. Cæterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis; quoniam consensus, & voluntas ista non fuit libera; neque promisisset aut voluisset extra metum majoris mali positus. Atque hinc explicandi loci, in quibus traditur, vim atque metum consensui esse contrarium, *l. nihil, 116. de reg. jur. cum simil.* VINN. At non esse genuinam hanc rationem, vel inde patet, quod promissa vi justa, a magistratu ex. gr. extorta, obliganti, *leg. 3. §. 1. & l. 21. ff. quod met. caus. gest. l. 29. §. pen. ff. ad leg. Aquil.* cum tamen & hic voluntas non sit libera. Potius itaque hujus juris ratio arcessenda est ab eo, quod omne promissum ex parte alterius requirat acceptionem. Atqui qui vi injusta extorquet promissum, omni acceptandi jure destituitur. Non itaque valet, quod ei promissum est. Ita recte Pufendorf. de J. N. G. & C. *lib. 3. c. 6. §. 10. & lib. 4. c. 17. §. 8.* quum contra Grot. *d. J. B. & P. lib. 2. c. 11. §. 7.* hujusmodi promissum validum existimet. HEIN.

(2) *Dolo inductus*) Etiam qui dolo inductus stipulanti promisit, quod alias non promisisset, subtilitate juris obligatur: quia utique verum est, eum promisisse, sed & hæc obligatio naturalis æquitatis vinculo destituitur propter dolum & machinationem stipulationis aliud agentis, aliud simulantis, *l. si quis, 36. de verb. obl. l. 1. §. 2. de dol. mal. exc.* Circa dolum qui causam contractui præbet, videlicet si quis in hoc circumscriptus sit, ut

sit, ut contraheret, cum alias contracturus non fuisset, recepta fuit vulgaris distinctio inter contractus bonæ fidei & stricti juris, quod illi hoc casu ipso jure nullius momenti sint, *arg. l. 7. in princ. de dol. l. in causa*, 16. 1. §. *de minor.* hi ipso jure subsistant, & actionem producant, ut proinde hic semper excipiendum sit, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *d. l. si quis*, 36. *de verb. obl. l. 5. C. de inut. stipul.* de quo prolixe Bachov. *disp. 6. de act. thes.* 17.

(3) *Errore lapsus*) Quod hic dicitur, etiam eum, qui errore inductus stipulanti promisit, jure civili obligari, id non videtur convenire cum eo, quod passim traditur eos qui errant, non consentire, consensui nihil magis esse contrarium errore, *leg. non consentiunt*, 15. *de jurisd. leg.* 2. *de jud.* Nam sine consensu nullus contractus ac ne stipulatio quidem consistit, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Resp. Error non est unius generis. Si in persona aut re promissa erratum sit, cum de alia stipulator, de alia promissor sentiret, fateor, nullam contrahi obligationem, quia talis error consensum non habet. At error in causam promittendi, de quo hic agitur, non omnino consensu destituitur, & ideo summo jure nascitur obligatio, *d. l. si quis*, 36. *de verb. oblig. l. Julian.* 7. *de dol. mal. exc.* vid. *not. ad* §. *si de alia*, 22. *sup. de inut. stipul.*

Efficax est) Per se scilicet ac vi sua, hoc est si pura esset, neque exceptione corrigeretur. Jam autem exceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax, *l. nihil interest*, 112. *de reg. jur.*

Exceptio quod metus causa) Exceptio quod metus causa in rem scripta est, *si in ea re nihil metus causa factum est*; ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecerit; sed an omnino metus causa factum sit in ea re a quocumque, non tantum ab eo, qui agit, *l. 4. §. pen. de dol. mal. exc.*

Aut doli mali) Exceptio doli mali personam complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis quæratur, non in rem, si in ea re nihil dolo malo factum est: sed sic, *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*, *l. 2. §. 1. d. l. 4. §. pen. de exc. dol. mal.*

(4) *In factum*) In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere potest, ut error interveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellari solent, ut illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipue subsidiariæ, de quibus explicatum §. *ult. supr. de l. Aquil.* Et sicut ob qualitatem personæ, quæ convenitur, in factum agendum; quo casu adversus alios est actio de dolo, *l. non debet*, 11. §. 1. *de dol.* ita agente hujusmodi persona, quo casu adversus alios exciperetur de dolo, in factum excipiendum est, *l. 4.* §. *adversus*, 16. *de dol exc.* Opponitur autem hoc loco exceptio in factum exceptioni doli mali non generali, sed speciali, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, nempe ex dolo inter initia adhibito, *l. 5. Cod. de inut. stip.* sive ut est in textu nostro, si quis dolo inductus stipulanti promiserit. Nam generalis exceptio doli, sicut cum aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum concurrit; quoniam datur ex omni causa, ob quam, id quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit. Ut in summa exceptio doli generalis toties competat, quoties actor per occasionem juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur, *leg. l.* §. 1. *l.* 2. §. *& generaliter*, 5. *l.* 4. §. *penult. l.* 7. *l.* 12. *de dol. exc. l. si quis*, 36. *de verb. oblig. l.* 5. *Cod. de pact. cum similib.*

TEXTUS.

De non numerata pecunia.

2. *Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam a te stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum, certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.*

NOTÆ.

2. *Cum ex stipulatione tenearis*) Igitur quod Paulus respondet, te nondum obligatum esse, *l.* 30. *de reb. cred.* de exitu intelligendum est, cum habeas exceptionem peremptoriam.

Exceptione pecuniæ non numeratæ) *L.* 2. §. 3. *de dol. mal. exc.* Hinc patet, exceptionem hanc non modo actioni ex chirographo opponi posse, sed etiam actioni ex stipulatu.

COMMENTARIUS.

QUI quasi credituro stipulanti pecuniam spopondit, jure civili obligatus est: sed adjuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, *leg.* 2. §. 3. *in fin. de del. exc.* ubi Ulpianus ait, ei, qui crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, etsi certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secura, aut finita est, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantum actioni ex chirographo, sed etiam actioni ex stipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam sæpe stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio, *l. 6. §. 1. & l. seq. de nov.*

Cujus tempora) Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, a Justiniano biennis tantum facta est, *supr. tit. de lit. obl.* ubi fuse de hac exceptione disseruimus.

TEXTUS.

De pacto.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: quia de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit, si paret, eum dare oportere sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

COMMENTARIUS.

SPecies exceptionum, quæ præcesserunt, jam a principio nascuntur in te contrahenda: quæ sequuntur, ex causa postea interveniente emergunt.

Nihil.

Nihilominus obligatus manet) Qui cum creditore pactus est, ne a se pecunia petereretur, is nihilominus ipso jure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non est, ut ullam civilem obligationem pariat, ita nec eam, quæ constituta est, sive re, sive verbis, ipso jure tollere potest, *leg. 7. §. sed cum, 4. leg. si unus, 27. §. 2. de pact. leg. 5. l. 10. & l. 13. Cod. eod.* Plane nudi consensus obligatio, ubi res adhuc integra est, ut pacto convento tollitur etiam ipso jure, §. *ultim. supr. quibus modis toll. oblig.* ubi ejus rei ratio a me exposita est.

Sed quia iniquum est) Quamvis debitor, qui pactus est, ne a se pecunia peteretur, non liberatur jure civili, liberatur tamen interventu Prætoris, qui vel actionem denegat, si de pacto constet; vel si non constet, addit exceptionem *extra quam si pactum sit, ne pecunia petatur*: quo apud judicem datum probato, deoitor absolvitur, effectuque idem consequitur, quod liberati ipso jure: eoque pertinet *lex nihil interest, 112. de reg. jur.*

TEXTUS.

De jurejurando.

4. *Æque si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque necessariæ sunt exceptiones; veluti si petitore deferente possessor juraverit, eam rem suam esse, & nihilominus petitor eamdem rem vindicet, licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse; iniquum tamen est, possessorem condemnari.*

NOTÆ.

4. *Juraverit*) Aut cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum, *l. 9. §. 1. de jurejur.*

Juraverit rem suam esse) Aut petitoris non esse, *leg. 3. §. 1. l. 11. princ. d. tit.*

COMMENTARIUS.

EXceptionis pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum, de quo hic quæritur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quam propter religionem, *l. sed & si, 25. & l. seq. in fin. de jurejur.*

Creditore deferente juraverit) Verba edicti, quo Prætor jusjurandum rei tuetur, hæc sunt: *Si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo, l. 3. in pr.* junct. *l. 7. de jurejur.* Ait *conditione delata*, unde intelligimus, si reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, Prætorem id jusjurandum non tueri, *d. l. 3.* Quod negat, se in eum, qui juraverit, actionem darurum, id sic acceptum est, ut in re certa, si Prætori constet reum prius conditione delata juravisse, actio simpliciter denegetur: sin autem de eo controversia sit, ambigaturque an reus juraverit, tunc locus sit exceptioni jurisjurandi, *l. 9. in pr. eod.* Neque hoc proprium est jurisjurandi, ut nonnulli putant, sed locum habet etiam in causis aliis, unde exceptiones nascuntur. Perridicule enim juberet Prætor, de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum & inter litigatores confessum est.

Adhuc obligatus permanet) Nam jusjurandum non magis quam pactum, modus est dissolvendæ obligationis jure civili constitutæ; sed tantum naturalem obligationem tollit, *l. Stichum, 95. §. naturalis, 4. de sol.*

Quia iniquum est de perjurio quæri) dicendum potius fuerat, meo judicio, quia jusjurandum ex conventione proficiscitur, & speciem transactionis continet, *l. 2. sed & si, 15. & l. 5. §. ult. de jurejur.* Nam illa alia quæstio est, an exceptio jurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitore deferente possessor juraverit) Etiam is, qui actione in rem conventus petitore deferente juravit, exceptione jurisjurandi, si petitor eamdem rem iterum vindicet, adjuvatur, *l. 3. §. 1. d. tit.* sive juraverit rem suam esse, sive petitoris non esse: quamquam hoc amplius ei, qui juravit, rem suam esse: amissa possessione etiam actio in factum datur ad rem recuperandam, si is, qui jusjurandum detulit, possessionem nactus est. Cæterum adversus alium possessorem prærogativa jurisjurandi non utitur: quoniam non debet alii nocere, quod inter alios actum est, *l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. tit.*

TEXTUS.

De re judicata.

5. *Item si judicio tecum factum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat; & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi post, sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.*

COMMENTARIUS.

NOn ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si judex perperam pronuntiaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ datur sententia, a qua appellatum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica suasit utilitas, alioqui nodus litium multiplicatus, inexplicabilem afferret difficultatem, *leg. 6. de exc. rei judic.* Comparata est autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei causa, qui sententia judicis absolutus est, sive debitor sit, sive possessor: ei vero, contra quem judicatum est, hæc exceptio numquam datur, *l. evidenter, 16. eod.* Cui non obstat *l. 4. C. depos.* Nam qui in sortem tantum rerum condemnat, vi ipsa de usuris absolvit.

Obligatio durat) Aut hoc referendum est ad actionem in personam, quoniam in rem actio non descendit ex obligatione, aut verbum obligationis contra usum veterum, qui eo in vindicationibus numquam utuntur, laxius accepit. Theophilus videtur legisse; *actio durat*: Sic enim hunc locum convertit: εἰ γὰρ ἀγωγὴ γένοιτο, eaque lectio Horomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Christoph. Riccius in *vind. jur. præmiss. c. 19.* nullam equidem causam video.

Per exceptionem rei judicatæ) Hæc autem exceptio non aliter genti obstat, quam si eadem quæstio inter easdem personas revocetur, *l. 3. de exc. rei vind.* Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa peten-

petendi, eademque conditio personarum, quæ qualia sint, late explicatur in *l. cum quæritur*, 12. *cum seqq. eod.*

TEXTUS.

De cæteris exceptionibus.

6. *Hæc exempli causa retuliſſe ſufficiat: alioquin quam ex multis variisque cauſis exceptiones neceſſariæ ſint, ex latioribus Digeſtorum ſeu Pandectarum libris intelligi poteſt.*

COMMENTARIUS.

JUſtinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque cauſas proximas, quæ multæ & variæ ſunt, ſingulatim recenſere: ſed celebrioribus tantum exempli loco propoſitis, de reliquis jubet conſuli volumen, π̃, *lib. ff.* 44. *tit.* 1. *cum ſeqq.*

TEXTUS.

Diviſio prima.

7. *Quarum quædam ex legibus, vel is quæ legis vicem obtinent, vel ex ipſius Prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt.*

NOTÆ.

7. *Ex Prætoris juriſdictione*) Veluti quod metus cauſe, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

COMMENTARIUS.

HÆC exceptionum diviſio ſumpta eſt a cauſa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. 1. *ſup. de oblig.* & actionum, §. 3. *ſup. de act.*

Ex legibus) Exceptionum ex legibus proprie dictis deſcendentium nulla mihi occurrit. Arbitror tamen, exceptionem rei judicatæ eſſe ex lege 12. Tabularum.

Quæ legis vicem obtinent) Intelligit Principum conſtitutiones & Senatuſconſulta. Et principum conſtitutionibus ſunt exceptiones diviſionis & ordinis; item præſcriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena a fiſco vendita: *tit. Cod. de quadrienni præſcr.* quinquennii adverſus querelam inofficioſi teſtamenti: triginta annorum in actionibus perſonalibus, item in rebus quæ uſucapi, aut longo tempore acquiri non poſſunt, *l.* 3. & 4. *Cod. de præſc. trig. ann.* decem dierum in cauſa appellationis, &c. *auth. hodie, C. a pel.* Ex Senatuſconſultis ſunt duæ, exceptio Senatuſconſulti Macedoniani de pecunia filiofamil. credita, & exceptio Vellejani de intercеſſione mulieris.

TEXTUS.

Diviſio ſecunda.

8 *Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.*

COMMENTARIUS.

QUarumdam exceptionum hæc vis eſt, ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi poſſit: aliæ vero ad tempus tantum nocent, & in id tempus dumtaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ ſunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ; *l.* 2. §. *ult. leg.* 3. *hoc tit.* Eſt igitur hæc diviſio ſumpta ab effectu.

TEXTUS.

De peremptoriis.

9. *Perpetuæ & peremptoriæ ſunt quæ ſemper agentibus obſtant, & ſemper rem, de qua agitur, perimunt qualis eſt exceptio doli mali, & quod metus cauſa factum eſt, & pacti conventi, cum iſtæ convenerit, ne omnino pecunia peteretur.*

NOTÆ.

9. *Doli mali*) Quamvis actio de dolo ſit temporalis. Differentiæ rationem indicat Paul. *l.* 4. §. *ult. de dol. mal. exc.*

Et pacti conventi) Huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi rei judicatæ, tranſactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIUS.

1 *Perpetuæ exceptiones unde dictæ?*

2 *Exceptio doli cur perpetua, tum actio de dolo temporalis?*

QUÆ *ſemper agentibus obſtant, &c.*) Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipſam & nomina indicant, hæc eſt, quod oppoſitæ & probatæ ſemper agentibus obſtent, & rem, de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaurire, *l.* 2. *C. de prec. imp. off.* Non enim actionem ſolum, ſed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam ſi ſublata eſſet ipſo jure: ut non abs re ſcriptum ſit, nihil intereſſe, utrum actionem quis non habeat, an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur: & pro indebito haberi, id cujus petitio ita repelli poteſt, *l. nihil intereſt*, 112. *de reg. jur. l.* 3. §. 1. *de conſt. pecun. l. qui exceptionem*, 40. *de cond. ind.* Dictæ igitur ſunt perpetuæ non a tempore proponendi, quod quacumque judicii parte opponi poſſunt, ut male DD. & Mynſ. *hic n.* 2. nam & dilatoriæ quædam poſt litem conteſtatam objici poſſunt, ut poſtea oſtendemus: ſed a tempore, quo effectus propoſitarum durat: eoque ſenſu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ vere perpetua eſt. Bronch. 2. *miſc.* 52. Cajus ſic definit, *perpetuæ atque peremptoriæ ſunt, quæ ſemper locum habent, nec evitari poſſunt, l.* 3. *hoc tit.* ſc. ſemel oppoſitæ.

2. *Exceptio doli mali*) Obiter hic notandum, (2) exceptionem peremptorium, quamvis naſcatur ex cauſa, ex qua actio nata eſſet temporalis, non ſolum eo ſenſu perpetuam eſſe, quo diximus, ſed etiam lapſu temporis non interire; verbi cauſa, actio de dolo temporalis eſt, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo.

quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur: at in rei potestate non est, quando conveniatur, *l. 5. §. ult. de dol. exc.* Secus tamen est, cum quis jus suum, intra certum tempus lege definitum, per modum actionis in judicio proponere potest, quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficiosi quinquennio finitur. Gomez. 1. *var. resol.* 11. *n.* 20. Costal. in *l.* 8. §. *si filius*, 13. *de inoff. testam.*

Quid metus causa, &c.) Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus causa, & pacti conventi perpetui exempli tantum causa proferuntur. Sunt enim longe plures exceptionum peremptoriarum species. Nam huc etiam per inet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis: item non numeratæ pecuniæ, liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vindicanti objicitur *tit. de exc. rei vend.* item Senatusconsulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium sententiarum, *l. unic. Cod. ne lic. in eod. caus.* quam exceptionem hodie non attendunt suprema tribunalia. Mynsi. 1. *observ.* 15. Gail. 1. *observ.* 72. Christin. *vol.* 4. *decis.* 122. Imb. *lib.* 2. *inst. for.* Bugnion. *lib.* 1. *leg. abrog. art.* 253. denique præscriptiones omnes, quæ eo ex tempore nascuntur, & si quæ sunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

TEXTUS.

De dilatoriis.

10. *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ut intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quicquam consequebantur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant: cum temere rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non sta stricte hoc procedere volumus; sed cum, qui tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit, & inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam passi sunt; & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti temporalium doceantur observare.*

COMMENTARIUS.

1 *Præscriptio moratoriæ, & aliæ dilatoriarum species.*
1 *Exceptio excussionis an dilatoria?*
3 *Dilatoria propter diem initio obligationis adjectum.*

EXceptiones temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt, *dilatoriæ*, quia ad tempus id faciunt, *temporales* appellantur. Cajus sic eas definit: *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent: sed evitari possunt, l. 3. hoc tit.*

Qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, &c.) (1) Hæc ab effectu appellari potest solutio dilatoria, cui similis est præscriptio moratoria a Principe impetrata, *l. 2. & l. 4. C. de prec. imp. off. l. 1. in fraudem*, 45. §. *fiscalibus*, 10. *de jur. fisc.* Solent enim principes humanitatis causa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris passi, spatium aliquod ad solvendum petunt, quo se interim tueantur adversus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellant litteras *salvi conductus*, *gratiæ*, *securitatis* Nostrates, *Briæ van uitterminat ofteoeffyt.* Qua de re consulendi Afflict. *dec.* 337. *& seqq.* Surd. *dec.* 301. 307. 322. Boer. *dec.* 96. Thesaur. *dec.* 186. Rebuff. *de lit. dilat. art.* 1. *n.* 9. Christ. *vol.* 2. *decis.* 70. *& seq.* Kinschot. *tract. de solut. induc* Dilatoriarum numero sunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ, *l.* 2. §. *ult. l.* 3. *in fin. h. t.* §. *ult. inf. eod.* item præscriptiones fori, *l. ult. C. eod.* ut exceptio incompetentiæ recusationis judicis. Hæ sunt, quæ vulgo appellantur judicii declinatoriæ. Merul. *l.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 4. *c.* 2. 3. *&* 4. Dilatoriæ quoque exceptiones sunt, quæ adversus inhumanam solidi petitionem conceduntur; *l.* 16. *& seqq. de re judic.* §. *item si* 37. *& seq. &* §. *ult. sup. de act.* ubi vid. Item quæ ideo objiciuntur, quod actione, qua agitur, præjudicium fit rei majoris, *tit. C. de ord. jud.* Item exceptio cedendarum actionum, non impleti contractus, libelli generalis & obscuri: item exceptio sub & obreptionis; quæ tamen quatenus negotium principale concernit, peremptoriis annumerari potest. Christin. *vol.* 4. *dec.* 74. *n.* 5. Denique exceptiones loci non tuti vel inhonesti termini angusti, feriarum, & simul de quibus late Zanger. *de except. part.* 2. (2) Plerique etiam exceptionem divisionis dilatoriam esse statuunt: sed rectius alii ad peremptorias eum referunt, Sicard. *ad l.* 10. *C. de fidejuss.* 2. Bronch. *misc.* 51. Zanger. *de exc. part.* 3. *c.* 19. Exceptio quoque excussionis quibusdam dilatoria est, quoniam ajunt, litem tantum differt, non perimit, si quidem creditor excusso debitore potest redire ad fidejussorem sine metu hujus exceptionis. *Auth. præsente, C. de fidei* Fach. *lib.* 8. *c.* 52. Ant. Fab. *Cod. suo, hoc. tit. def.* 1. Verum ego & hanc ad classem peremptoriarum potius referendam arbitror, nam utique actionem perimit, quod ad fidejussorem attinet, si debitori solvendo esse reperiatur. Hoc vero sufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, *l. sufficit*, 20. *de cond. ind.* D. Tuld. *comm. hic c.* 6. Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

Aut pacti conventi, aut alia similis) (3) Puta quod pecuniæ petitæ dies non venit. Nam & cum obligatio ab initio in diem contracta est, ipsa jure actio statim nascitur, ut abunde probavimus ad §. 2. *sup. de verb. oblig.* Sed præmature seu ante diem agens exceptione *cujus pecuniæ dies non venit*, repellebatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens, *l.* 2. §. *qui ita*, 6 *de eo quod cert. loc. l. un.* §. ult. *quand. di usufr. lug. ced. l. lib.* 118. §. 1. *de verb. obl. obl.* causæ amissione mulctabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis §. *quid agens*, 33. *sup. de act.* Cæterum ex constitutione Zenoniana confirmata a Justiniano actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem consumit, sed hanc pœnam suffert, ut cogatur reliquas

liquas inducias rei conduplicare, iisque finitis non ante andiatur, quam sumptus omnes priores litis refuderit, *hoc text. in calce*. Quid hodie juris sit, exposui ad *d.* §. *si quis agnus*, 33. *de act.*

TEXTUS.

De dilatoriis ex persona.

11. *Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis vero negotiis superesse sine offensa militaris disciplinæ possunt. Eas vere exceptiones, quæ olim procurationibus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo prospeximus, conquiescere sancimus: bedum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.*

COMMENTARIUS.

1 *Varia exceptionis dilatoriæ genera ratione objecti.*
2 *Exceptio procuratoria quotuplex?*
3 *Liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti?*
4 *Usus exceptionum peremptoriarum in bonæ fidei judiciis: in his contestationem earum non fuisse necessariam.*
5 *In strictis judiciis initio litis contestandas.*
6 *Quid ex Interpretum sententia hic receptum?*
7 *Vis exceptionum rei judicatæ, jurisjurandi & transactionis?*
8 *Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.*
9. *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatæ?*
10 *Usus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, disceptari, &c. oportere: & quæ hinc excipiendæ?*
11. *Quæ exceptiones dilatoriæ etiamsi post sententiam recte opponuntur.*
12. *Mores hodierni plerorumque tribunalium circa usum exceptionum.*

(1) EXceptionum dilatoriarum quædam tangunt negotium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, præscriptio moratoria, &c. Quædam constitutionem judicii: Atque ex his quædam personam judicis, ut exceptio suspecti, & exceptio præventionis; de qua in *l. 7. de jud.* item ea, quæ specialiter dicitur exceptio incompetentiæ, si videlicet apud eum agatur, cujus de ea re, de qua agitur, aut in personam, cum qua agitur, jurisdictio non est. Quædam personam adversarii, puta quod idoneam personam standi in judicio non habet, *tit. C. de his quia. pers. legit. &c.* Quædam personam procuratorum, vel quia procuratores non sunt, vel quia procuratores esse non possunt, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 7.* §. *ult. l. 3. hoc t.* Sed nec incommode quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcumque perversam judicii institutionem; sive quia persona judicis, aut adversarii, aut procuratoris, idonea non est ad judicium exercendum: sive quia actio, quæ intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori causæ præjudicium fiat, & generaliter quæcumque judicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde a Cic. *lib. 1. & 2. de invent.* appellantur translationes & judicii commutationes.

Quales sunt procuratoriæ) Exceptiones procuratoriæ ex persona dilatoriæ sunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorsus inficiatur litem, sed personam evitat, *l. 2. in fin. hoc. t.* (1) Exceptio autem procuratoria duplex est: nam ut omnino procurator esse negatur, veluti si dicatur mandatum non habere, *l. inter quos*, 39. *ff. de damn. infr. leg. licet*, 24. *C. de procur.* aut a pupillo sine auctoritate tutoris constitutus; *l. in exceptionibus*, 19. §. *de prob.* aut esse non posse contenditur, veluti si miles sit, aut mulier: cujusmodi exceptionum vix ullus hodie usus est, ut liquet ex iis, quæ *sup. ad* §. 1. *de iis per quos ag.*

Mulierem) Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet, *l. 1. de reg. jur. l. 1. de postul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, *l. neque fœminæ* 54. *de proc. l. alienum* 18. *C. eod.* ubi Impp. ajunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem. Plane alias actiones in rem suam & proprium lucrum sibi mandatas exercere non prohibentur, *l. 4. C. eod.*

Militibus nec pro patre) Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse possunt, *l. 8.* §. *2. de proc. l. 6. Cod. eod.*

Suis negotiis) *L. 9. Cod. de proc.* ubi Imp. militibus non tantum suas causas agere, verum etiam si in rem suam procuratores constituti sint, alienas actiones persequi permittit.

Propter infamiam) Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores esse, neque procuratorem dare potuisse, quamquam per se agere poterunt. Justinianus autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quiescere jubet. Utique ubi de infamia non aperte constat, & ob id discrepatio negotii protelanda. Operæ pretium facturus videor, si hic aliquid subjecero de recto usu exceptionum exercendarum. (3) De eo duplex fere quæstio est, una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc quæritur, liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti, Movet exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum constat una tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus, quamvis diversis, modo ne se invicem destruant, eodem tempore uti possit, hoc effectu ut si in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur. *l. 5. l. 8. hoc tit. l. nemo* 43. *de reg. jur. cap. nullus* 20. *eod. in 6.* DD. comm. in *d. l. 8.* Zis. *ibid. n. 4.* Covarruv. 1. *varias resolut. 1. n. 8.* Differentiæ ratio est, quod agere actori liberum est, defendere reo non item. Non iniquum in actore lacessendi libertatem uno genere armorum circumscribere: reo vero, cui non semper sui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare humanum est, (4) De tempore objiciendæ exceptionis ita in peremptoriis jus olim fuit, ut in bonæ fidei judiciis necesse non esset exceptionem initio litis contestari, sed eam quandoque ante rem judicatam opponere liceret. Cui non obstat, quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse:

nam in *bonæ fidei judiciis* verba ipsa judicii dati exceptionem tacitam includunt, cum in his jubeatur judex *judicare ex æquo & bono*: idque veteres significant, cum ajunt, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, his contineri; etſi non excipiatur, ſatis tamen per officium judicis conſuli, *leg. 3. de reſc. vend. leg. hujuſmodi* 84. §. *qui ſervum 5. de legat. 1. leg. plane* 38. *leg. ultim. de hær. pet.* (5) In ſtrictis vero judiciis exceptionem in principio litis nominatim conteſtari neceſſe erat, & vel a reo agnoſcente intentionem actoris ſtatim probari, vel a dubitante tantiſper miſſam, donec actor intentionem ſuam probaſſet, antequam ſententia ferretur, ad diſceptationem opponi. Textus clari in *leg. 9. Cod. de præſc. long. temp. leg.* 8. *& leg. 9. Cod. hoc titul.* Ceterum non conteſtatam poſtea objicere, negò pro arbitrio licuiſſe. Cujus ego rei fortiſſimum hoc argumentum habeo. Certum eſt, ultra id quod in judicium deductum eſt, judicis poteſtatem non excedere, *l. 18. comm. div.* Atqui in ſtrictis judiciis nihil in judicium deductum intelligi poteſt, de quo lis non aperte conteſtata ſit. Nam ſive veterum judiciorum rationem conſiderare volumus, palam eſt, exceptiones in jure apud Prætorem proponi debuiſſe, qui deinde formulæ eas includebat, ſive mutatam poſtea judiciorum formam, conſtat eamdem judicis poteſtatem manſiſſe liberam in bonæ fidei judiciis in contrariis adſtrictam iis rebus, quæ nominatim in judicium deductæ ſunt, ut proinde in his nihilominus neceſſe fuerit exceptionem in exordio litis conteſtari. Atque ita ſæpiſſime reſcriptum eſt, poſtquam jam a Diocl. *l. 2. C. de ped. jud.* ſublata eſſet judicis dandi licentia, *l. 8. C. hoc tit. l. 9. de præſc. long. temp.* Quibus non obſtat *l. 2. C. ſent. reſc. non poſſ.* Nam omiſſas ibid. ex *d. l. 8. & 9. hoc tit.* accipere debemus, non quarum nulla mentio initio facta, ſed quæ conteſtatæ poſtea omiſſæ, id eſt, dilatæ ſunt ad probationem & diſceptationem. Don. ad *d. l. 8. n. 7.* Gudelin. *lib. 3. c. 8.* VINN. Rectiſſime ſe habet hæc Vinnii obſervatio. Nam in judiciis ſtricti juris exceptio erat inferenda formulæ, alioquin ejus rationem habere non poterat judex, ex. gr. *Si paret, Cajum Titio centum debere, ut eum in centum condemna, ut pactum ſit.* Et inde eſt, quod Tribunorum plebis implorari poſſet auxilium, ſi in formula omitteret exceptionem. Cic. *Quæſt. Acad.* 4. 30. Eo rigore non opus erat in actionibus bonæ fidei, quia illis exceptiones ineſſe credebantur. Et hinc judex earum rationem habebat extra formulam. Inde jam facile patet in judiciis ſtricti juris exceptiones opponendas fuiſſe in jure, adeoque ante litis conteſtationem in judiciis b. f. etiam, in judicio poſt litem conteſtatam. Conf. Ger. Noodt. *de Juriſd.* 1. 3. *de fœn. & uſur.* 121. 15. *de form. emend. dol. mal cap.* 5. HEIN. Cæterum plurium ſuffragiis probatum, uſuque receptum eſt, ut hujus generis exceptiones etiam non conteſtatæ uſque ad ſententiam recte objiciantur, vid. Mynſ. 1. *obſ.* 24. Marant. §. 6. *n.* 12. Gail. 1. *obſ.* 74. *n.* 3. Weſ. *par. num.* 7. quod eo facilius nunc admittendum, quia diſcrimen judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris pene ſublatum eſt, ut alibi demonſtravi. Exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi, & tranſactionis, hoc ſpeciale habent, quod impediant litis ingreſſum, modo paratam earum reus probationem habeat: unde & litis finitæ appellantur. Chriſtin. *d. dec. n.* 7. Gudelin. *l. 4. cap.* 7. *ſect.* 1. Quamquam ſi initio oppoſitæ non ſunt ad impediendum proceſſum, nihilominus poſtea opponi poſſunt juſtitiam cauſæ. Chriſt. *d. dec. n.* 18. *& ſeq.* Sciamus autem, ea, quæ de conteſtatione harum exceptionum diximus, dicta eſſe de exceptionibus facti, quibus aliquid factum eſſe intendimus, quod proinde & probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus* 19. *de probat.* quæ enim quæſtionem facti habent, non poſſunt intelligi in judicium deduci, niſi facti conteſtatione. Diverſa autem cauſa eſt exceptionum juris, id eſt, earum, quæ alicui conditione ipſa perſonæ jure tribuuntur, qualis eſt exceptio diviſionis epiſtola D. Hadriani fidejuſſoribus tributa. (8) Nam hoc genus conteſtari neceſſe non eſt, ſed ſufficit quandoque, ante ſententiam allegari, *l. vo. C. de fidejuſſ.* & ibi D. Ant. Fab. *C. ſuo, h. t. defin. t. n.* 3. Nimirum auxilium diviſionis ſatis ſub appellatione & perſona fidejuſſores in judicium deduci intelligitur, cum fidejuſſori jure tribuatur, hoc ipſo quod fidejuſſor eſt. (9) Duæ omnino exceptiones peremptoriæ ſunt, quas non ſolum neceſſe non eſt initio litis conteſtari, ſed quibus etiam non allegatis uti licet in executione rei judicatæ, nempe exceptio Senatuſconſulti Macedoniani & Vellejani, *l. 11. de SC. Maced.* Id quod nimirum videri non debet placuiſſe in iis exceptionibus, quæ publicæ utilitatis cauſa maxime introductæ ſunt. DD. noſtri etiam plures hujus generis referunt in *l. 1. C. de re jud. l. 1. C. de jur. & fact. ign.* Gail. 1. *obſ.* 113. *n.* 5. *& ſeqq.* Zaſ. in *Lz. h. t. n.* 16. Marant. *p.* 2. *menſ.* 9. *n.* 18. Merul. *l.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 3. *tit.* 4. *c.* 14. Exceptiones dilatoriæ, cujuſcumque ex generis ſunt, ſi paucas deſumpſeris, inter exordia litis, hoc eſt, ante litem conteſtatam, opponi debent. (10) Quin & diſceptari, probari, & decidi, *l. pen. & ult.. C. h. t.* Excipitur dilatoria ſolutionis, non defugiendi judicii, ſed ſolutionis differendæ gratia objecta, ſeu, ut vulgo loquuntur, non ad impediendum proceſſum, ſed ad merita cauſæ oppoſita, cujus initio conteſtatæ probatio demum a reo exigitur, poſtquam actor intentionem ſuam probavit, quod refero *l. exceptionem* 19. *C. de prob.* cum Gudel *l.* 4. *c.* 7. *ſect.* 1. Sed & ſi quæ hujus generis demum poſt litem conteſtatam nata ſit, veluti ſi novæ cauſæ poſtea emerſerint, ob quas judicem tamquam ſuſpectum recuſare liceat, non eſt ambigendum, quin hujuſmodi exceptio poſt captum judicium objici poſſit, *cap.* 15. *de off. deleg.* Sichard. *ad l.* 13. *C. de procur. n.* 5. quamquam in privilegio fori ſuperveniente hoc locum non habet, *l.* 7. *de judic.* Idem juris eſſe Interpp. noſtri volunt, ſi exceptio gravamen ſucceſſivum, ut loquuntur, habet: cujuſmodi eſt exceptio loci non tuti vel ſuſpecti. Mynſ. 2. *obſerv.* 74. Gail. 1. *obſerv.* 52. *n.* 3. Sichard. *d. l. n.* 6. Item ſi reus exceptionem ſibi competere in facto errans ignoraverit, *c.* 4. *h. t. hoc tit.* Covarr. *princ. qu.* 26. *n.* 2. (11) Illud certum eſt, exceptiones dilatorias, quæ adverſus inhumanam ſolidi petitionem comparatæ ſunt, non ſolum poſt litem conteſtatam ante ſententiam objici poſſe, ſed etiam poſt rem judicatam in ipſa executione, *l.* 14. *l.* 17. §. *ultim. ſolut. matrim. l.* 18. *l. Neſennius* 41. §. *ult. de re judic.* Rationem reddunt, quia hoc genus exceptionis non impugnat ſententiam, ſed moderatur vires judicati. Idem obtinet & in exceptione reſtitutionis, *l. divus* 33. *de re judic.* & in exceptione cedendarum actionum, *l. ſi fidej.* 41. §. 1. *de fidejuſſ.* Item in exceptione non impleti contractus, veluti pretii non ſoluti. De qua DD. in *l. 1. Cod. de jur. & fact. ign.* Gail. 2. *obſerv.* 27. Zan. *de exc. part.* 4. *c.* 28. *num.* 88. (12) Tantundem dixero, ſi exceptio judicium retro reddat nullum, qualis eſt exceptio falſi procuratoris, *l. licet* 24.

Cod.

Cod. de procurat. si modo hæc vera exceptio. Moribus multorum tribunalium nunc ita comparatum est, ut reus omnes exceptiones, quas habet, simul & conjuncum dilatoriis. Quod vocant procedere ad omnes finem. Cæterum protestari consuevit reus, se hac exceptionum cumulatione nihil damni habituruin, sed ex illis sibi defensionem recte atque ordine velle tribui. Damhoud *prax. civ. c.* 139. Imbert. *inst. for. lib.* 1. *cap.* 51. Mynsi. 4. *observ.* 89. Merul. *lib.* 4. *sect.* 3. tit. 4. *c.* 1: Christ. *vol.* 4. *decis.* 174. *num.* 15. Gudelin. *lib.* 4. *cap. sect.* 1. & *cap.* 8. *sect.* 1. *in fin.* ubi etiam docet, quam rationem hoc institutum habeat, nimirum ut cunctis rei defensionibus initio allegatis, judex ex iis statum causæ eliciat. Variatur enim status causæ, cum intentióne actoris probata exceptio postea opponitur. Et quid opus est actorem longum tempus magnosque labores & sumptus probandæ intentioni suæ impendisse, si ea exceptio tandem objiciatur, quæ initio objecta eum statim a lite retraxisset? Tres tamen sunt exceptiones, quæ in tribunalibus nostris solæ per se proponi possunt, exceptio declinatoria fori, litis pendentia, & litis finitas, juxta, *instruct. Cur. Holl. art.* 88. junct. *art.* 10. *Ampliat. & art.* 12. *ord. Just.* Gronevv *de leg. æbrog. ad hunc tit.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE REPLICATIONIBUS.

Replicatio quid sit?

UT exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, *l.* 2. §. 2. *exc.* estque nihil aliud replicatio, quam secunda actoris allegatio ad firmandam actionem suam adversus exceptionem a reo oppositam. Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ a parte actoris venit, *d. l.* 2. §. 2. Unde a Paulo dicitur contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio, *leg. exceptio* 22. §. 1. *eod.* quamquam proprie exceptio appellatur ea defensio, qua reus utitur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

De replicatione.

Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia: quæ replicatio vocatur: quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, utita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

NOTÆ.

Quæ prima facie justa) κατὰ τὸ ἀκριβὲς, secundum jus strictum: iniqua autem, si ex æquitate putetur.

Adjuvandi actoris gratia (Exceptio est subsidium rei, replicatio actoris, *l.* 7. *l. de except. l.* 2. §. 2. *ff. eod.*

Replicatio vocatur) Quæ & ipsa quædam exceptio est, sed quæ a patre actoris venit, *d. l.* 2. §. 1.

Nocet ei exceptio) Quia pactum prius per posterius non tollitur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quia in stipulationibus jus continetur, in pactis pactum versatur, *leg.* 27. §. 2. *de pact.* id est, quia pacto non liberamur nisi contestatione pacti: at per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam & subsecutam acceptilationem, etiam sine aliqua defensionis contestatione.

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur* l. si unus 27. §. 2. de pact. & *conciliatur cum* l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.

CUM exceptio in speciem justa, revera iniqua est, opus est alia defensione adjuvandi actoris gratia. Ut ecce. Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus est cum debitore, ne ab eo peteret. Postea cum quereretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, quæ placeret, rursus ei petere licere. Hic si creditor agat, & excipiat debitor, obstabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per posterius ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior interposita sit, *l. si unus* 27. §. 2. *de pact.* Cæterum quia iniquum est, creditorem excludi, alia defensione adjuvatur, ex posteriore pacto convento, quæ exceptioni opposita eam elidat, & a nostris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & resolvitur jus exceptionis, *hic* text. *l.* 2. §. 1. & 2. *eod.* Theophilus reddidit, ἀπολύεται ἡ τῆς παραβάσεως ἰσχὺς. *Vis exceptionis resolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam definitore Cicerone *in partit. cap.* 29. *Firmamentum est, quod ad labefactandam rationem* (ex nostris *exceptio*) *trefertur.* At enim, inquis, obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, *Stichum* 95. §. *naturales* 4. *de solut.* cui consequens videtur, quod pacti etiam hæc vis sit, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Minime, inquam: nam cum non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc competat, fieri nequit ut exceptio debitori priore pacto quæsita posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat jurisconsultus in *d. l. si unus* 27. §. 2. *de pact.* cum ait, in pactis factum versari. Antea dixerat, in stipulationibus jus continetur, Ait, *in pactis factum versatur*; id est, ut ego interpretor, pacta quidem nobis prosunt ad liberationem, sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque pacti exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio cum in facto rei posita sit, recte dicitur, in pactis factum ad liberationem versari: eademque hic exceptionis & replicationis ratio. (1) *In stipulationibus*, inquit, *jus continetur*: id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam eamque secutam acce-

acceptilationem, hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non defensionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum 34. §. 1. de obl. & act.* Scribit, eum, qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & conditione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim, cum quis ipso jure liberatus est, posse eum tuto negare se debere, & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, ne teneatur. Hoc vero inquit facere est tutius, quia scilicet dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit jure: add. Cujac. & Anton. Fab. *ad d. l. 27. §. 2. de pact.* Dom. *add. l. 5. C. eod.* Bach. *de pact. cap. de effect. pact. lib.*

TEXTUS.

De duplicatione.

2. *Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.*

De triplicatione.

2. *Etsi rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur, quæ dicitur triplicatio.*

De cæteris exceptionibus.

3. *Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.*

COMMENTARIUS.

1 *Hodie ultra duplicationem non procedi nisi ex gravi causa: nec in statu judiciali exceptionum aut replicationum usum esse.*

SI replicatio & ipsa prima fronte justa, revera autem iniqua sit, contra eum datur reo duplicatio: & rursus contra duplicationem actori triplicatio: & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque ultro citroque modus est infinitus, *l. 2. §. 3. hoc tit.* Verum hanc licentiam posteritas merito refrænandam putavit, ut modus allegationum inimium multiplicatum tam explicet causam, quam implicet. (1) Itaque hodie in bene constitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem; nisi ex gravi causa judex aliter decernat, puta ob novi & ad statum causæ pertinenti facti allegationem. Vid. *Ordin. Cam. Imp. part. 3. tit. 10.* Imbert. 1. *Inst. form. 36. Ampliat. Instrem. Cur Holland. art. 12.* Dom. Tuld. *in comm. ad hunc tit. cap. 1. & 2.* ubi exemplo hanc rem illustratam ostendit, cur necesse non sit ultra duplicationem progredi. Concessa autem ex causa auctori triplicatione, reo simul concessa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps Mer. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 10. cap. 1.* In statu causæ juridiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: sed judex *appointeert partyen te beschryven by memorien en adverteissementen van rechten*, &c. In statu conjecturali *appointeert acten te maecken, en daer van te dienen, indien geen productie van noode is; oste in seyten contraire, indien productie vereyscht wordt. Ende wordt in beyde geschreven by eysch, antwoordt, repliq, duplijoq, by intervalle van tiid, sonder meer.* Murul. *d. dist. 4. tit. 10. & seq.*

TEXTUS.

Quæ exceptione fidejussoribus prosunt, vel non?

4 *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus, & recte: quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus est eis, quod ei pro eo solverint. Qua ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem*, si bonis cesserit. *Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ exceptiones ad alios transeant, aut non transeant?*

2 *Exceptio læsionis ex causa ætatis cujus generis?*

(1) UTrum exceptio, quæ debitori competit, ad alios puta hæredes, fidejussores, transeat, nec ne, ex genere exceptionis definiendum est. Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam: sive quod idem est, quædam causæ seu rei, quædam personæ cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, Senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani, &c. *l. 9. §. 1. h. t.* Personæ cohærent, exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne a solo debitore peteretur, *l. nisi 22. de pact.* ne quis ultra quam facere potest, conveniatur, *d. l. 7. in princ.* item præscriptio moratoria, utpote beneficium Principis personale, *l. 1. §. 2. de const. Princ. l. privilegia 166. de reg. jur.* Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, *d. l. 7. §. 1. l. omnes 19. h. t. de except l. si tibi 17. §. pactum 5. cum aliquot l. seqq. de pact. l. ex persona 32. de fidej. l. 9. §. ult. l. si is 25. §. ult. de exc. rei jud. l. 7. cum seq. de jurejur. l. 9. §. pen de SC. Maced. 16. §. 1. ad sen. Vellej. l. 8. Cod. de non n. pec. l. emptori 28. C. de evict.* Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, *l. 12. & leg. seq. fol. matr. l. etsi 24. cum seq. de re jud. l. nisi 22. l. idem 25. §. 1. de pact. cum similibus.*

Quia

Quia mandati judicio) Hæc ratio est, ob quam placet, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejussori prodesse, nimirum quia alioqui nec ipsi reo futura esset: quippe a quo fidejussor, quod solvit, judicio mandati repetere potest, §. *si quid* 6. *sup. de fidejuss.* nã *summam* a reo exigi scribit Ulpian. *l. adversus* 29. *de recept. arb.* Quod si nulla sit mandati actio, puta si donandi animo fidejusserit, exceptio rei competens fidejussori non proderit, *l. quod dictum* 33. *de pact. l.* 9. §. *pen. de sen. Macedon.*

Si de non petenda pecunia) Nisi nominatim id actum, non a solo debitore peteretur, non etiam a fidejussoribus: nam tale pactum, quia personale est, ad fidejussorem non pertinet, quemadmodum nec ad hæredem, *l. nisi* 22. *l. idem* 25. §. 1. *de pact.* Putarem tamen, hodie etiam tale pactum fidejussori prodesse debere propter beneficium ordinis novissimo jure fidejussoribus tributum, quod alioqui facile per collusionem reorum eis auferri posset. Hoc & D. Cujac. in *d. l.* 21.

Debitor si bonis suis cesserit) Debitor, qui creditori suo bonis cessit, si iterum conveniatur, tueri se potest exceptionem cessionis bonorum, neque tenetur, nisi quid alicujus momenti postmodum acquisierit: quo tamen casu adhuc in solidum conventus exceptionem competentiæ habet, ne ultra quam facere possit, condemnetur, *l.* 4. *& pass. de cess. bon.* Hæc autem exceptio uti & ceteræ omnes, quæ adversus solidi petitionem comparatæ sunt, personalis est, non causæ, sed personæ cohærens: & ideo ad alios non transit, *l.* 7. *princ. de except.* De quo plura *suo* §. *ult. de act.*

Qui alios pro debitore obligat) Cum fidejussor suam personam, tamquam magis idoneam, substituat pro persona debitoris principalis; merito arcetur ab iis defensionibus, quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuuntur. Exceptio læsionis ex causa ætatis, quæ minori in integrum restituto datur, mixti generis esse videtur, & partim pro beneficio causæ habenda: quia etiam hæredibus minoris datur, etsi ipsi sint majores, *l.* 6. *de rest. in integr. l. minor* 18. §. *ult. de minor.* partim pro beneficio personæ, quia denegatur fidejussoribus ejus, *l. in causæ*, 13. *princ. eod. l.* 7. *in fin. de except. l.* 1. *l.* 2. *C. de fidejuss.* nisi forte salva sit creditori judicii in alium translatio, *l. minor* 51. *de procurat.* add. Mynsing. *observ.* 18. Maurit. *tract. de rest. in tut.* c. 13. Gomez. 2. *resolut.* 14. *n.* 6. & 9. Plane si quis pro minore dolo adversarii circumvento intervenerit, ex hac causa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio causæ omni ex parte habetur, ut etiam prosit fidejussori. Nec mirum cum etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur, *d. l.* 7. §. 1. *except. l. alt. Cod. de fidej. in.* Maurit. *cap.* 14. Odd. *tract. de rest. in int.* 1. *q.* 48. Duar. *add. tit. Cod.*

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE INTERDICTIS.

Dig. Lib. 43. *Tit.* 1. *Cod. Lib.* 8. *Tit.* 1.

Ratio ordinis, & summa tituli.

POstquam de actionibus earumque ordine, progressu, & cum exceptionibus congressu, dictum est, non inconvenienter subjicitur tractatio de interdictis: quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent, & si vim eorum ac potestatem spectes, id est, quod iis consequi volumus, re ipsa actiones sunt; unde & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actionis* 37. *de oblig. & action.* Denique & olim ex causa interdicti adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit, ut recta & protinus actio possessoria proponeretur, *l. pen. & ult. Cod. hoc tit.* Unde & Compositores titulum ſ inscripserunt: *De interdictis, sive extraordinariis actionibus, &c.* Docemur primum hoc titulo, quid sit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur divisiones, quæ genera, eorumque species ostendunt.

TEXTUS.

Continuatio, & definitio.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maxime fiebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

NOTÆ.

Maxime cum de possessione) Ait, *maxime*, quia quædam interdicta proprietatis, aut quasi proprietatis causam continent: vid. *l.* 2. §. 2. *hoc tit. l.* 3. §. 11. *cum seqq. de itin. act. priv.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita, ut hujusmodi controversiæ, in quibus ut plurimum ultra jurgium proceditur, & maaibus non temperatur, quam celerrime componeretur, *l.* 13. §. 3. *de usufr.*

Quasi possessione) Rerum scilicet incorporalium, puta ususfructus & servitutum, quæ quasi possideri dicuntur, *l.* 18. §. 1. *de hær. pet. l.* 23. §. 2. *ex quib. caus. maj.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit interdictum juxta veterem formulam, & quid hodie? observatur error Theophili.*
2 *Quæ interdicta causam proprietatis aut quasi contineant?*
3 *Cur potissimum de possessione proposita?*

SEU actionibus, quæ pro his exercentur) Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impetrari, sed loco interdictorum, actiones rectæ introducebantur, ut docet §. *ult. hujus tituli.*

Formæ aut conceptiones verborum) (1) Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis fere titulis libri 43. ſ, cuivis licet animadvertere. Itaque interdictum, si veterum formulam spectemus, sic recte definietur. Decretum Prætoris certis verbis concreptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubebat, prout id rei, de qua agebatur, conveniebat. Nam alias petitur, ut possessio restituatur, aut res exhibeatur; hic Prætor restitui aut exhiberi jubebat. Alias qui rem tenet, aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti aut fruenti vis fiat: hoc prætor fieri vetabat.

Aut jubebat aliquid fieri) Sine constitutione judicii. Nam prætor ad stipulationem interdictum petentis ad-

veriario ad se vocato sine forma judicii interdictum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequebatur, aut civilius ex causa interdicti actionem & judicium dabat, *l.* 1. §. 2. *si vent. nom. mul. l.* 3. *princ. ne vis fiat ei, qui in possess.* totoque judicio fallitur Theophilus, interdictum definiens enuntiatum Prætoris non decidens hypothesin, sed quomodo de ea judicandum sit, judicem informans. Postea placuit, actionem sine isto circuitu recta proponi: ut hodie interdicta nihil aliud sint, quam actiones, quibus de possessione disceptatur.

Tunc maxime cum de possessione) (2) Ait, *maxime*: quia quædam interdicta proprietatis, aut quasi proprietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, *l.* 2. §. *hoc tit. l.* 3. §. *ait*, 11. *cum* §§. *seqq. de itin. actuque priv. l.* 1. §. *ult. de aq. quot. & æst.* quamquam hæc non ideo dicuntur causam proprietatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendos: sed quia cum sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis, dum placet, eum vincere in hoc casu, qui jus, de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l.* 3. §. *hoc autem*, 13. Don. *ad hunc tit. C. n.* 6. Tuld. *n.* 2. (3) Et hoc est, quod dicitur *d. l.* 1. §. *ult.* in hujusmodi interdictis totam quæstionem finiri, idest, possessionis & proprietatis, cum illa quæ sunt de sola possessione vel quasi possessione, tantum sint præparatoria, & ubi desierint, incipiat secunda actio, *l. ult. Cod. quor. bon.* quæ & principalis dicitur in *l. nulli*, 10. *Cod. de jud.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita fuisse videntur, ut hujusmodi controversiæ quam celerrime imperio Prætoris transigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi asserere conatur, vis interim fiat: quod cum in causis proprietatis, ubi de possessore jam constat, non metuatur, illarum cognitio sine periculo ad privatos judices delegari potest: quam etiam ob causam nunc fere suprema tribunalia in prima instantia de causis possessionum cognoscunt. Gail. 1. *obs.* 5. uti apud nos curia Provincialis *art.* 39. *& seqq. inst. Cur. Holl.* aut supremus Senatus *art.* 9. *supr. Senat.* Sed & pleraque interdicta de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas est, sed usus tantum, quædam velut possessio privatorum; nempe de locis sacris, religiosis, publicis, hominibus liberis, *L.* 1. *princ. hoc tit.* & exponuntur singula seorsum.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. *Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restituentia, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus Prætor vetat aliquid fieri: veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi: vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro hærede aut pro possessore possidet ex ea hæreditate: aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi: veluti eum, cujus de libertate agitur, aut liberum, cui patronus operas indicere velit: aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea proprie vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.*

COMMENTARIUS.

DIvisio interdictorum, quæ hic proponitur, a forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis proposita sunt, quam quæ de rebus privatis. Ulp. *l.* 1. §. 1. *h. t.* addit, quædam interdicta & mixta esse, quæ & prohibitoria sint & restitutoria. In quo genere est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, *l.* 3. §. 2. *eod. tit.* item interdictum de liberis exhibendis & deducendis, *l.* 3. §. 1. *illo tit.* vide Cujac. 4. *observ.* 11.

Vetat aliquid fieri) Unde in formulis edictorum prohibitorum Prætorem passim usurpare videmus verbum *veto*.

Vim sine vitio possidetis) Intelligit interdictum: *Uti possidetis*; quod plenius explicabitur §. *retinendæ*, 4. *infr. eod. Sine vitio possidenti*, id est, nec vi, nec clam, nec precario possidenti ab adversario: nam alia etiam vitiosum possessorem interdictum tuetur, *l. ult. uti possid.*

Mortuum inferenti) Significat interdictum de mortuo inferendo, quod in aliorum ordinem sub *lib.* 43. ff non refertur, sed *tit. ult. ult. lib.* 11. his verbis: *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo cave mortuum inferre, & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

In loco sacro ædificari) De quo in *l.* 1. & *passim*, *ne quid in loco sacro.*

In flumine publico) De quo sub *tit. de fluminib.* & *tit. ne quid in flum. publ.*

Restitutoria, quibus restitui) Qua de causa ita semper concepta sunt, ut verbum, *restituas*, addatur, *l.* 1. *quor. bon. l.* 1. *quod vi aut clam. l.* 2. *de precar.*

Bonorum possessori) Significat interdictum *quorum bonorum*, de quo copiosius explicabitur §. *proximo.*

Qui vi de possessione) Unde apparet, significari interdictum, *unde vi*, §. 6. *infr.* cui explicando alius item locus infra destinatus est.

Exhibitoria, per quæ jubet exhiberi) Quapropter verbum *exhibeas* in his addi solet, *l.* 1. *de tab. exhib. L.* 1. & *hom. lib. exhib. l.* 1. *de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdicta exhibitoria hoc principaliter interest; quod hæc tantum ad causam possessionis pertinent, illa iis fere datur, qui de proprietate litigaturi sunt, *l.* 1. *ad exhib.* Quod vero nonnulli ajunt, actionem ad exhibendum competere de eo, quod privatim cujusque interest, interdicta autem hæc magis publicam causam spectare, id non esse perpetuum, ostendit interdictum de tabulis exhibendis.

De cujus libertate) Significatur interdictum de homine libero exhibendo, quod tuendæ libertatis causa propositum est, ne videlicet homines liberi a quoquam retineantur, *l.* 1. *de hom. lib. exhib.*

Cui patronus operas) Quam ad rem comparatum idem edictum sub *tit. de lib. exhib.*

Aut parenti liberos) Cujus rei causa propositum interdictum sub *tit. de lib. exhib.*

Proprie interdicta vocari, quæ prohibitoria) Atque hoc quoque mihi admodum verisimile videtur; nam interdicere

cere omnibus Latine loquentibus idem est, quod vetare, prohibere, ut existimandum sit, ex productione & quasi abusione ejus verbi esse, quod decreta quoque sestitutoria interdicta appellata sint.

Quia inter duos dicuntur) Hoc plane ineptum videtur. Proinde Alciat. in *l. pecuniæ*, 178. *de verb. signif.* pro his verbis, *inter duos dicuntur*, reponit, *interim dicuntur*. Quæ allusio naturæ rei non male converti: nam interdicto totam litem non perimunt, sed tantum possessorem interim dicunt, quoad quæstio principalis de proprietate de qua adhuc cognoscendum est, terminetur, *l.* 3. *C. hoc tit. l.* 2. *in fin. C. ubi in rem act. l.* 13. *Cod. de rei vind.* Isidorus quoque & Anianus ad Paul. *lib.* 5. *sent.* interdictum definiunt sententiam interim dictam add. Covarruv. *pract. quæst.* 17.

TEXTUS.

Divisio secunda.

2. *Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.*

NOTÆ.

2. *Sequens divisio*) Ex Paul. *l.* 2. §. *ult. hoc tit.* Superior a forma, hæc a fine sumpta est, & ea dumtaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem spectant, *d. l.* 2. §. *ult.*

Quædam adipiscendæ) Omnis de possessione rei privatæ contentio eo spectat, ut aut possessionem adipiscamur, aut adeptam retineamus, ut amissam recuperemus. Auson. *Id.* 11.

Interdictorum trinum genus, unde repulsus
Vi fuero, aut utrobi fuerit, quorumve bonorum.

Interdictum *unde vi* comparatum est recuperandæ possessionis causa, *utrobi* retinendæ, *quorum bonorum* adipiscendæ.

COMMENTARIUS.

SEcunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantum, quæ ad rem familiarem pertinent *l.* 2. §. *ult. hoc tit.* ac proinde tantum subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem a fine sumpta: nam omnis de possessione rei privatæ controversia eo spectat, ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

TEXTUS.

De interdictis adipiscendæ.

§ 3. *Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur.* Quorum bonorum: *ejusque vis & potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro hærede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro hærede autem possidere videtur, qui putat se hæredem esse. Pro possessore possidet, qui nullo jure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

NOTÆ.

3. *Appellatur quorum bonorum*) A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

Pro hærede possidere, &c.) Vid. *l.* 11. *cum seqq. de hæred. pet.*

Primum conatur adipisci possessionem) Non enim petitur hoc interdicto, ut res restituantur, quæ aliquando ab hærede possessæ, sed quæ nunquam. Itaque sic restitutorum est, ut sit adipiscendæ possessio eis, *d. l.* 1. *in fin. hoc tit.*

Appellatur Salvianum) *Lib.* 43. *ff. tit. ult. & l. C. t it.* 9.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ interdicta adipiscendæ possessionis causa comparata.*
2 *Quorum bonorum, cui, adversus quem competat: & cui bono comparatum?*
3 *Quis hic dicatur pro hærede, prove possessore possideat? & cur bonorum possessori petitio hæreditatis non sufficere visa? & in quo illa cum interdicto conveniat?*
4 *Quibus propositum remedium*, l. ult. Cod. de evict. D. Hadr. toll.
5 *Cui, adversus quos interdictum Salvianum detur?*
6 *Interdicto huic affini remediunt actio Serviana: & cur interdicto experiri utilius?*

(1) ADipiscendæ possessionis interdicta dicuntur, quæ comparata sunt ad possessionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: generis duo hic proponuntur & explicantur: interdictum quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere sunt & interdicta quod legatorum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est; de tabulis exhibendis, & de glande legenda; quæ extant & explicantur in *ff.*

Accommodatur bonorum possessori) (2) Competit hoc interdictum ei, cui ex edicto Prætoris bonorum possessio data est, *l.* 1. *quor. bon.* uno verbo, hæredi Prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili hæredes facti sunt, per *l.* 1. *C. quor bon.* Gloss. comm. approbata ad *rubr. Cod. eod.* Schneid. *hic n.* 13. Anton. Faber. *C. suo eod. tit. defin. an.* Quamquam hoc displicet Baron. *hic*. Donell. *ad. d. tit. C. n.* 3. Cujacius *in par. C. eod.* Sed quid opus est, inquis, hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam, si iam bonorum possessio alicui a Prætore data est? Eo opus est, quorum bonorum illa possessio, quam Prætor tribuit, non corporis, sed juris est: hoc est, Prætor dando bonorum possessionem, tribuit tantum jus persequendi & retinendi patrimonii defuncti, corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, *l.* 3. §. 1. *de bon. poss.* Hæc igitur adhuc restat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult. C. quor. bon.*

Ut quod ex iis bonis) Competit hoc interdictum de iis bonis, quæ in hæreditate defuncti cum moreretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis usucapta sunt, id enim significant verba interdicti, possidetve, si nihil usucaptum esset, *l.* 1. *quor. bon.*

Pro hærede aut pro possessore) Datur hoc interdictum adver-

adversus duo genera possessorum: primum adversus eum, qui pro hærede prove possessore possidet; quod etiam hoc expressum est: deinde adversus eum, qui dolo malo fecit, quom jus pro hærede, prove possessore possideret; quod nominatim adjectum est in *l. 2. C. quor. bon.* & comprehensum illis verbis interdicti. *Quodque dolo malo feciſti, ut desineres possidere, d. l. 1. eod.* Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, *l. parem.*, 130. *leg. qui dolo*, 131. *cum simil. de reg. jur.* Hinc autem intelligimus, eum, qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, sicut nec petitione hæreditatis, *l. 7. C. de pet. hær. l. 4. in quib. caus. cess. long. temp. præscr.* Esset iniquum, eum, quem dominum esse non constat, sed qui tantum se hæredem esse dicit, rem auferre ei, qui pro domino bona fide & justo titulo æstimatur: nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti possit, *arg. l. nec ullam*, 13. §. 1. *de hær. pet.* Covarruv. *pract. quæst. cap.* 12. Cacheran. *decis. 56.*

Restituere debeat) Restituendi verbum proprie refertur ad ea, quæ a nobis profecta restituuntur. Sed interdum & de his accipitur, quæ nunc primum nobis restituuntur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit quis eas res sibi restitui, quas aliquando possedit, quas numquam. Itaque sic restitutorium est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, *l. 1. in fin. quor. bon.*

Pro hærede) (3) Is dicitur hoc loco pro hærede possidere, qui se hæredem dicit, cum non sit, sive sciat se hæredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem qui nullam causam possidendi aliam habet, quam quod possidet: unde & nomen natum, *l. 11. cum seqq. de hæred. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quod hæredibus, & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hæreditatis, quippe quo non tantum corporum possessores, ut interdicto, *l. 2. quor. bon.* sed etiam possessores juris & debitores hæreditarii tenentur, si se hæredes esse contendant, *l. 9. l. 13. in fin. l. si debitor*, 42. & ibi Bart. *de hæred. petit.* Sed neque majora onera esse videntur in judicio petitorio, quam in interdicto; nam & qui interdicto experitur, probare debet se hæredem esse, *l. 1. C. quor. bon.* Resp. Eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera judicia possessoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habemus longas litis moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam. In petitione autem hæreditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, *d. l. 1. junct. l. judices*, 9. *C. de* add. Afflict. *dec.* 14. Menoch. *de adip. poss. rem. 1. n. 96. & seqq.* Ant. Fab. *Cod. suo tit. quor. bon. defin. unic.* Plane in eo hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinent, non ad res singulares, *l. 1. in princ. de rei vind. l. 1. §. 1. quor. bon.* Idque duplici respectu dicitur. 1. Ratione intentionis actoris, qui universa bona ad se pertinere dicit; 2. Ratione tituli, quo reus possidet: neutro enim judicio alius tenetur quam qui pro hærede vel pro possessore possidet. Cui non obstat, quod dicitur petitione hæreditatis teneri etiam, qui rem unam hæreditariam, licet minimam possidet, *l. 9. & seq. de hæred. pet.* Nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede possidet, is totam hæreditatem & universi juris successionem sibi asserit. (4) Consule Cacheran. *dec. 74.* Est & aliud remedium possessorium hæredibus propositum, sed scriptis tantum, constitutione Justiniani, *l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* quo ille, qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vitio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, subscriptionis, auctoritate Magistratus mittitur in possessionem rerum hæreditariarum, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exhæredationis, aut præteritionis. Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec hæredi instituto testimento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri assolet apud nos, redactum sit, aut petente hærede nuncupato publicatum: de quo Vigl. in *præl. d. l. ult.* Sichard. *ibi n. 4. & 5.* Menoch. *de adip. poss. rem, 4. n. 648. & 726.* Ant. Fab. *C. suo ad eumdem titul. de fin. 3. & 4.* Christin. *vol. 4. decis. 30.*

Interdictum, quod Salvianum) (5) Salvianum quoque interdictum adipiscendæ possessionis causa comparatum est. Ait Justinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantum de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum solum, ad hunc modum: *Quod tu illi pro mercede fundi oppignoraſti, qua de re agitur, id illi reſtituas.* Unde adversus extraneum possessorem, licet titulum & causam a colono habentem, non nisi utile interdictum ex productione redditur, *l. 1. in princ. de interd. Salv.* Porro ex communi Interpp. sententia latius interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori, non modo adversus debitorem, qui oppignoraverit, per *l. 1. C. de precar. & inter. Salv.* sed etiam contra quemlibet tertium ejus rei possessorem, quamquam adversus hunc probationem desiderant, nimirum non solum rem obligatam esse, sed etiam in bonis debitoris, cum obligaretur, fuisse, Ang. Jas. & alii in §. *Serviana*, 7. *supr. de act.* Wesemb. *par. de Salv. interd. n. 2.* Schneid. *hic n. 7.* Fach. 8. *controv.* 92. & plerique etiam censent, prius excutiendum esse principalem debitorem, quam adversus extraneum possessorem interdictum intentetur, *arg. Nov. 4. c. 2.* Fachin. *ubi supr. c. 93.* D. Tuld. ad *tit. C. n. 2.* Divortium a communi sententia facit D. Ant. Merenda 5. *controv. 37. & seqq.* Affine huic interdicto remedium est actio Serviana; quæ & ipsa primum locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodum ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta, *d. §. Serviana*, 7. Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante memini. (6) Utilis est experiri interdicto, quam actione Serviana. Nam interdicto, in quo de possessione monstratia tantum agitur, ad adipiscendam possessionem sufficit probare, rem, de qua agitur, pignori obligatam fuisse; at in actione Serviana, quæ judicii petitorii est, hoc amplius probare creditor, contra tertium possessorem agens, debet, rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum de pignore convenit, *l. & quæ*, 15. §. 1. *de pign. l. ante omnia*, 23. *de probat.* quod fusius a me explicatum *dict. §. Serviana*, 7. Wesemb. *d. loc.* Menoch. *adip. poss. rem. 3. num. 8. & seqq.*

TEXTUS.

De interdictis retinendæ.

4. *Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta* uti possidetis *&* uerubi: *cum ab utraque parte de pro-*

proprietate alicujus rei controversia sit, & ante quæratur, uter ex litigatoribus possideat, & uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrum eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius a possidente petat. Et quia longe commodius est, & potius, possidere quam petere; ideo plerumque & fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio, propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem uti possidetis de fundi vel ædium possessione contenditur; utrubi vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat: nam uti possidetis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat: si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem; etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret. Utrubi vero interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est, ut ille vincat & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatæ tempore detinet.

NOTÆ.

Ab adversario) Si vero alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, clam, aut precario, nihilominus Prætor possessorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere, *l. ult. de acq. poss.*

Majore parte anni) *L. un. utrubi*, retrorsum numerati. Paul. 5. *sent.* 6. ὡς τριῶν ὁλοκλήρων. Theophil. Majore autem parte anni possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit: si modo adversarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis possederit, *l. 156. de verb. sign.*

Utriusque interdicti potestas exæquata) *d. l. unic.* §. 1. *utrubi*, quem locum apparet a Compositoribus interpolatum esse.

COMMENTARIUS.

1 *Actionem in rem institui non posse, nisi certus sit possessor: & quare?*
2 *Qui fieri possit, ut duo de possessione retinenda litigent, cum duo in solidum eamdem rem possidere nequeant?*
3 *An qui vindicare rem instituit, interdicto adhuc agere possit? & de judicii possessorii cum petitorio cumulatione.*
4 *Vetus differentia inter interdicta* uti possidetis & utrubi: *ejus differentiæ sublatio; tum quid hic jus Canonum, & mores hodierni?*

REtinendæ possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur, per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdicta sunt *uti possidetis* & *utrubi*. Prius est de rebus soli; posterius de rebus mobilibus; *l. 1. uti poss. l. un. de utrubi*. Utriusque causa olim nonnihil dissimilis: nunc & causa & vis eadem, ut si a rebus discesseris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit, ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei) Hæc interdicta locum habent, cum de proprietate inter aliquos lis est, & quæritur, uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat, *l. 1. §. 3. uti poss.* ubi Ulp. ait; si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tum ad hæc interdicta remittendos esse.

Nisi exploratum fuerit, utrius possessio sit) (1) Actio in rem institui non potest, nisi certus sit possessor *l. ordinarii*, 13. *C. de rei vind.* Nam, ut alibi demonstravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema potenda sunt, a parte actoris dominium, a parte rei conventi possessio. Quamdiu igitur incertum est, quis possideat, & commodo possessionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, *l. inter*, 62. *de judic.* Ubi Ulpianus scribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debere, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur. (2) Sed qui fieri potest, ut duo de retinenda possessione litigent, cum duo in solidum eamdem rem possidere non possint, *l. 3. §. ex contrario, 5. de acq. poss.* Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videantur possidere, cum tamen revera unus tantum possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt, ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum, explorandumque, cujus causa potior sit. Alii respondent, absurdum non esse, ut etiam duo dicantur eamdem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter juste, alter injuste, *l. 6. §. 1. de acq. poss. princ. l. 3. pr. uti possid.* Quæ & sententia Sabini fuit, *d. l. 3. §. 5. de acq. poss.* cujus vestigia cernimus in *l. 3. princ. uti poss. l.* & *habet*, 15. §. *eam qui*, 4. *de precar.* Cujac. 5. *obs.* 22.

Commodum possidendi in eo est) Possessoris multo melior, quam petitoris conditio est: nam possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi rem suam esse, atque in ea probatione cessante petitore res apud possessorem remanet, licet ipse nihil probaverit, *l. 2. C. de prob. l. ult. C. de rei vind. l. 4. Cod. de edend.* fac. *l. 128. de reg. jur.* Quam ob causam ei, qui destinavit rem petere, hoc consilium dat Jurisconsultus in *leg. is qui*, 24. *de rei vind.* ut videat, num aliquo interdicto nanciscí possit possessionem, atque ita onus probationis in adversarium derivare. (3) Quid ergo, si quis non observato hoc consilio Jurisconsulti rem vindicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse, quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renuntiaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & justo errore id factum præsumendum est, quam animo renuntiandi possessioni aut interdicto, *leg. 12. §. 1. de acq. poss.* Similiter qui rem vindicare cœpit, non censetur renuntiasse interdicto *unde vi leg. cum fundum*, 18. §. 1. *de vi & de vi arm.* ubi expresse traditur, pendente judicio petitorio posse nihilominus interdicto agi: non sane ut utrumque simul cumuletur, & una sententia terminetur, ut falsi multi æstimaverunt, decepti *d. l. 12. §. 1.* & *d. l. 18. §. 1.* sed ut interim dum de possessione co-

gno-

gnoscitur, suspendatur & differatur judicium petitorium, *l. ordinarii*, 13. *C. de rei vind. l.* 1. *C. de appell. l.* 3. *Cod. hoc tit.* quæ verissima præd. II. sententia est, Joanni & Azoni jam olim probata, a quibus male major pars successionem fecit. Et quamvis Bart. in *dict. l.* 12 §. 1. aliique citati a Menoch. *de ret. poss. rem. n.* 511. *cum seqq.* & Nic. Tuld. *in annot. ad prax. civ.* Damhouderi *cap.* 45. *lit. B.* cum Martino *Glossatore*, exeipiant interdictum *uti possidetis*, quod & ipsi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari posse negant; plures tamen Petrum secuti contendunt, omne possessorium cum petitorio concurrere posse, vide Menoch. *d. rem. n.* 359. *& seqq.* Nic. Tuld. *d. loc.* Fachin. 8. *contr.* Diod. Tuld. *comm. hic cap.* 3. *&* 4. Christin. *vol.* 4. *dec.* 130. *n.* 3. *& seqq.* convenit *c. cum dilectus*, 6. *x de caus. poss. & prop.* & hanc sententiam usu receptam tradit. Christ. *dict. loc.* quamquam non in omnibus tribunalibus, vid. Papon. *lib.* 8. *tit.* 12. *arrest.* 4. Charond. 4. *resp.* 28. Nos hanc quæstionem plenissime excussimus *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 39.

Quorum vis ac potestas plurimam differentiam) Nam alia conditione proponebatur interdictum *uti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia *utrubi* ei, qui possideret rem mobilem. *Uti possidetis* ad præsens tempus referebatur, *l.* 1. §. 2. *h. t.* id est, interdicti tedditi, hoc modo: *Uti eas ædes, quibus de agitur, possidetis, &c. l.* 1. *in princ. uti possid.* & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula *nunc*. *Uti nunc possidetis eas ædes, &c. l.* 3. §. *Labeo*, 6. *eod.* ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gallum Festus prodidit in verb. possessio. *Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, &c. Utrubi* vero in præteritum referebatur; *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, &c.* His jam consequens erat, ut interdicto *uti possidetis* is vinceret, qui interdicti tempore possidebat: *Utrubi* is, qui majore parte anni possederat; quod explicatur in *l. majore*, 156. *de verb. signif.* add. Paul. *sent.* 6.

Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario) *L.* 1. *& pass. uti possid. l.* 1. *Cod eod.* His autem verbis excluditur vitiosa possessio: non quævis, sed quæ vitiose, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus Prætor possessorem tuetur, *l.* 1. §. *ult. & l. seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur in *l. ultim. de acq. poss.* etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere. VINN. Ad hæc possessionis vitia vel maxime attendebat Prætor. Hinc ubi apud Terent. *Eunuch. act.* 2. *scen.* 3. Chærea ait: *Hanc tu mihi vel vi, vel clam, vel precario fac tradas*; eleganter addit Donatius, *Secundum jus loquutus est. Nam his tribus mala fide ali. quid possidetur*. HEIN.

Utriusque interdicti potestas exæquata est) (4) Justiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vinceret, id est, ei possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut hic declarant Compositores, a quibus probabile est interpolatum esse responsum Ulpiani in *l. un.* §. 1. *de utrubi*. Jure autem Canonico aliud observatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ, sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit tamquam qui justiorem possessionis causam habeat, *cap. licet* 9. *x de probat.* Eoque jure nunc ferè utimur, ut post alios testantur Damhoud. *prax. civ.* 34. Menoch. *de retin. poss. rem.* 3. *n.* 714. *& seqq.* Wesemb. *par uti possid. n.* 5. & eleganter in *not. ad* Schneid. *in* §. *pen. h. t.* D. Tuld. *comm. hic. cap.* 3. Quod si æque obscura sint utriusque litigatoris jura, ut judici non appareat, uter possideat, possessio sequestrari solet. Schneid. *ad d.* §. *pen.* n. 6. & ibi Wesemb. *in not.* Ant. Fab. *C. sui lib.* 8. *tit.* 3. *defin.* 1. Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenne*, seu manutenentiam vocant, contendentes petere, ut interim dum de principali lite possessionis cognoscitur, sibi *recredentia* adjudicetur, id est, momentanea fiduciaria possessio. Covarruv. *pr. qu.* 17. Auser. *in styl. Parlam. tit. de caus. novit.* Massuer. *in pract. tit. de possess.* Ant. Fab. *C. sui lib.* 8 *tit.* 4. *defin.* 1. Formulam conclusionis habes apud Merulam. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 7. In multis locis duplici possessorio retinendæ utuntur: quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo super possessione cognitio adhibetur, alterum summarium, & summarissimum, quia in hoc tantum summatim judex cognoscit, uter possidet, quo tempore lis movetur, vid. Gail. 1. *observ.* 5. *&* 2. *seqq.* Menoch. *retin. poss. rem. ult.* Fachin. 8. *contr.* 15. Christin. *vol.* 4. *decis.* 142. *num.* 7. *& seqq.* VINN. Et hoc possessorium summatissimum male vulgo comparant interdicto *uti possidetis*, quum tamen in illo non ut in hoc disceptetur de qualitate possessionis, *vi* ne quis possideat, an *clam*, an *precario*, sed tantum quæratur, quis jam in præsenti possideat? HEIN.

TEXTUS.

De retinenda vel acquirenda possessione.

4. *Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit: qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde decesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.*

NOTÆ.

4. *Deposuerit aut commodaverit*) Item per procuratorem, hospitem, amicum, *l.* 3. §. 12. *l.* 9. *& seq. l.* 38. §. 6. *& seqq. d. tit.* per fructuarium, *l.* 6. §. 2. *de præcar.* sed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis *uti possidetis*, & *unde vi* pro possessione habetur, *l. ultim. uti poss. l.* 3. §. 13. *& seqq. de vi, & de vi arm.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid proprie sit possidere & cur etiam fructuario interdicta retinendæ possessionis accommodentur?*

2 *Vetus controversia circa retentionem & omissionem possessionis: quæ a Justiniano sublata.*

4. *Etiam*

3 *Etiam solo animo possessionem retineri: & quamdiu?*
4 *Indicatur & refutatur insignis DD. error.*
5 *Dejectum non posse interdicto retinendæ agere: qui agit, quid probare debeat?*
6 *Ad possessionem acquirendam opus esse & animo acquirendi & simul actu aliquo corporali.*
7 *Amitti possessionem etiam nobis invitis, idque pluriſariam.*
8 *Volentibus nobis amitti etiam solo animo.*

(1) QUoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei competunt, qui possessionem semel quæsitam amisit, quam ei, qui nunquam possedit, ideo Justinianus hoc loco obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere, quomodo possessio acquiratur, acquisita quomodo retineatur.

Non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine) Possidere auctore Theoph. §. *propen. sup. per quas pers. cuiq. acq.* est animo & affectu dominantis, ἐχειν διανοητικῶς rem tenere. Itaque qui alieno nomine in possessione sunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, *l.* 3. §. 12. *l.* 9. *& seqq. l. qui universus*, 30. §. *quod per colonum* 5. *& seqq. de acq. poss. l.* 6. §. 2. *de precar.* Atque ex eo intelligimus, si hi controversiam possessionis patiantur, interdicto ad retinendam possessionem expediri non posse, *l.* 3. §. *creditores*, 8. *uti possid.* vide tamen Menoch. *retin. poss. rem. ultim.* Joann. a Sande *lib.* 5. *tit.* 4. *defin.* 2. Fructuarius quoque non magis possit, quam superiores, §. 4. *vers. idem placet. sup. per quas pers. cuiq. acq. d. l.* 6. §. 2. *de precar.* Placuit tamen inter fructuarios interdictum *uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui sibi usum defendat, *l. ult. uti possid.* Sed non est novum, ut fructuario propter jus, quod in re habet, plus tribuatur, quam aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter teneant. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum unde vi, *l.* 3. §. *unde vi*, 13. *& seqq. de vi & de vi armat.* quod argumentum est, eum, licet non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi, quamdiu ususfructus perseverat. Cujacius 9. *observ.* 33. Donell. *d. l. amic. C. uti possess. num.* §. Joann. a Sande *d. defin.* 2. In summa vero, possessionis parum interest, utrum quis juste, an injuste possideat, *l.* 3. §. *en contrario*, 5. *de acq. poss.* nam & possessori injusto interdicta retinendæ possessionis dantur, modo ne injuste possideat ab adversario, *l. l.* 1. §. *nit. & l. seq. uti possid.*

In possessione sit) Recte *in possessione*. Nam aliud longe possidere, aliud in possessione esse, *l.* 10. §. 1. *de acq. poss.* sicut aliud est servire, aliud in servitute esse, §. *ultim. supr. de ingen.* is possidet, cujus nomine possidetur; qui autem in possessione sunt, alienæ possessioni præstant ministerium. *l. quod meo*, 13. *princ. de acq. poss.*

Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet) Per eos, qui nostro nomine in possessione sunt, puta per servum, colonum, inquilinum, procuratorem, &c. possessio nobis retineri potest. Sed nec illis vita decedentibus possessio amittitur, inque eo veteres omnes consentiunt. (2) Hoc amplius Proculus putabat, etiamsi sponte e possessione discessissent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus possessionem a nobis retineri, *l. cum quis*, 31. *de dol. mal.* Sabinus contra, spontanea illa discessione interpellari. Sabini sententiam secutus est Africanus, *l. si de ea*, 40. §. 1. *de acq. poss.* sententiam Proculi Paulus *l.* 3. §. *si quis*, 8. *eod.* Cæterum si alii possessionem tradiderint, possessionem amitti etiam Paulus concedit, *d. l.* §. *sed etsi*, 9. quod & apud Julianum relatum est, *l. non solum*, 33. §. *qui pignor.* 4. *de usuc.* Papinianus hoc amplius discessu eorum possessionem amitti, si alius eam ingressus fuerit, *l. peregre*, 44. §. *ult. de acq. poss.* Hanc autem veterum controversiam sustulit Justinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter constituit, ut sive dereliquerint possessionem, & alius eam occupaverit, sive possessionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicii dominis generetur. Et quamquam recentiores nonnulli, ut Cujac. *par. Cod. eod.* Dom. 5. *comm.* 12. Ant. Fab. *dec.* 4. *err.* 2. *& seqq.* existimant, constitutionem illam non pertinere ad casum, quo in possessione relictus alii eam tradit, quorum sententiam aliquando in judicando secuta est Curia Provincialis Frisiæ, teste D. Joann. a Sande *lib.* 5 *tit.* 4 *defin.* 1. verius tamen esse, quod his constitutionis verbis, *vel alii prodiderint*, tradens æque ac deferens comprehendatur, evincit ratio, quæ mox subjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem.* 14. *n.* 17. *& seqq.* Eleganter D. Joann. Decker. *lib.* 1. *diff.* 3. *n.* 25. Illud constat, possessionem amitti, si in possessione relicti vi dejecti fuerint, *l.* 1. §. *quod servus*, 22. *unde vi.*

Animo suo retineri possessionem) (3) Etiam solo animo retineri possessio potest, *l.* 4. *C. de acq. poss.* Itaque licet corpore quis e fundo exierit, quandiu animus amittendæ possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, *l.* 3. §. *sed etsi*, 7. *& seqq. l.* 6. *in fin. eod.* quamvis neque servum, neque colonum, &c. in fundo reliquerit, *l. peregre*, 44. §. *ult. eod.* Idque ex jure possessio mutuata est, ut pleraque alia *l. possessio*, 49. *eod.* & utilitatis causa receptum, ne restudinis more perpetuo dominos continere, aut possessionem amittere cogamur. Enimvero quod dicitur, animo solo possessionem retineri, id ita temperandum est, si facultas nobis relicta sit, eam, cùm velimus, iterum corpore apprehendendi: ea autem facultate sublata etiam inviti possidere definimus, *d. l.* 3. §. *Nerva*, 13. Hic autem locus occasionem Doctoribus præbuit, ut eum, qui discessit, civilem tantum possessionem retinere, non autem naturalem, existimaverint, sed hanc demum iterum ingresso acquiri. (4) Falso ut mihi videtur. Nam hoc posito, necessario sequitur, eum qui e fundo egreditur, priorem possessionem non retinere, sed ea amissa novam acquirere, & mox egressum hac iterum amissa recuperare priorem. Quod sane a ratione nimis alienum est. Neque possessio, quæ corpore tenetur, & ea, quæ animo, sunt duæ diversæ species possessionum, sed una & eadem possessio: unde & in proposito nunquam nova acquiri dicitur, sed prior retineri. Tantum modus tenendi & possidendi diversus est, alius jure, alius corpore consistens, *l. nemo*, 10. *C. de acq. poss.* (5) Illud a vero abest quam longissime, quod quidam asserunt, civilem, quam vocant, possessionem retineri, ejusque beneficio interdictum *uti possidetis* competere, etiamsi ab alio possessio vi occupata sit. Covarr. *pract. quæst.* 17. *num.* 5. & alii citati apud Christin. *vol.* 4. *decis.* 152. *n.* 4. Nam possessio plane amissa intelligitur, quæ nobis dejectis aut repulsis vi ab alio occupata est, *l.* 6. §. 1. *l.* 25. §. *ult. de acq. possess.* Neque hic animus ad retinendam possessionem sufficit: quoniam ut maxime velimus, eam repetere non possumus, *dict. leg.* 3. §. *Nerva*, 13. *eodem.* Et ergo si dejectus nul-

nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedio juvari potest: sed necessarium ei erit interdictum *unde vi*, quod possessore non dejecto, & in possessione adhuc manente possessio ei minuatur vel turbetur, sed vis ei fiat, quominus uti possidet jure, ita plane possideat, tunc locus est interdicto *uti possidetis*. Vid Joann. Fab. *ad præced.* §. Menochius *rem. ult. reoin. poss. n.* 17. Christ. *de decis. n.* 6. ubi refert, non semel supremam Curiam Melchlinienſem censuisse, possessorem actualem esse oportere, qui interdicto *uti possidetis* experiri cogitat. In summa, qui agit interdicto retinendæ possessionis, duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarii. Turbationem, inquam, non spoliationem, quia si se diceret spoliatum, sibi esset contrarius, ob idque repellendus: & interdicto recuperandæ, non retinendæ possessionis agere deberet. Anton. Fab. *lib.* 8. *C. sui, tit.* 4. *defin.* 8.

Secundo libro exposuimus) *Tit. per quas pers. cuiq. acq.* ubi docuit, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus, non minus possessionem nobis acquiri, quam proprietatem: adeoque possessionem per extraneam quoque personam, veluti per procuratorem nobis acquiri posse: quod singulare est, & utilitatis causa receptum, *l.* 1. *l.* 8. *C. de acq. poss.*

Animo solo adipisci possessionem nemo possit) (6) Acquisitio possessionis consistit in apprehensione rei, conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, *d. l.* 1. §. 3. *de acq. poss.* Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi, & simul actus aliquis corporalis, *l.* 1. §. 1. & 3. *l.* 8. *cum hæredes*, 23. *eod.* Etsi autem necesse non est, ut opera manuum aut pedum semper intervenial; quæ quidem ratio acquirendæ possessionis maxime naturalis est, & necessaria in iis rebus, quæ ab aliis nobis traduntur, *d. l.* 1. §. 1. *d. l.* 3. §. 3. *d. l.* 23. *eod.* semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidendi, qui vice corporalis apprehensionis fungatur, *d. l.* 2. §. *pen. l. quod meo*, 18. §. 2. *l. quarumdam*, 51. *eod. l.* 9. §. *item si*, 6. *de acq. rer. dom. l.* 1. *C. de donat.* Falluntur enim, qui hujusmodi casus a regula exceptos putant, hic nudo animo citra ullum actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Jurisconsulti in *dict. l.* 1. §. *pen.* & *d. l.* 51. Sed illi cum ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, sed dumtaxat crassiorem illam apprehensionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit, Cur igitur placet, possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsita etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quam initio quid acquiritur. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, *d. l.* 3. §. *cæterum*, 12. *d. l. quod meo*, 18. *de acq. poss. l. ea quæ*, 53. *de acq. poss.* quoniam in iis, quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur. (7) Amittendæ possessionis alia ratio est: nam non solum volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur, & invitis pluriſariam; veluti si res commercio exempta sit, aut in aliam speciem transformata, *l. qui universas*, 30. §. 1. & 4. *de acq. poss.* si amplius, cum velimus, naturalem ejus possessionem nanciſci non possumus, *l.* 3. §. *quod Nerva*, 13. *eod.* si locum possessum flumen aut mare occupaverit, *dict. l.* 2. §. *Labeo*, 17. si prædones prædium invaserint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *tot. tit. unde vi*, *l.* 3. §. *si quis*, 8. *in fin. l. si id quod*, 25. §. *ult. de acq. poss.* si furto aut rapina res mobilis ablata sit, *leg.* 15. si in flumen deciderit, ut mergeretur, *l.* 13. *eod.* (8) Volentibus autem nobis uno tantum modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus, ut nolimus possidere; idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter a veteribus traditum est, *l.* 3. §. *in amittenda*, 6. *l. si quis*, 17. §. 1. & *l. seq. l. peregre*, 44. §. 2. *eod.* Neque obstat huic sententiæ, quod Paulus scribit, possessionem non amitti nisi eo modo, quo acquiritur, seu non amitti nisi animo & corpore, *l.* 8. *eod. l. fere*, 153. *de reg. jur.* Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantum, sed ob defectum animi corpore quoque possidere desinit: neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione, quod quidem volentibus nobis fiat; semper utrumque in contrarium agitur. Duar. *ad d. l.* 3. §. *in amittenda*, 6. Donell. *l.* 5. *comm. cap.* 13.

TEXTUS.

De interdicto recuperandæ & affinibus remediis.

6. *Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum* unde vi: *per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario possideat. Sed ex constitutionibus sacris (ut supra diximus) si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur; si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta & gladios & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus.*

NOTÆ.

6. *Fundi vel ædium.*) Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet, cum eo casu sufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, *l.* 1. §. 3. & *seq. de vi & vi arm.* quamquam lege Attica pertinebat, ut scribit Suidas in ἐξέμπτοις, 2. & jure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde dejectus est, habuit *l.* 1. *princ.* §. 32. & *seqq. l. pen. d. tit.*

Ex sacris constitutionibus) *L.* 5. *l.* 7. *C. unde vi*, vid. *sup.* §. 1. *de vi bon. rapt.*

Tenetur leg. Julia, &c.) *L.* 1. §. 1. *de vi & de vi arm. l.* 3. §. 2. *de vi publ. l.* 5. *de vi priv.* De pœna harum legum est in §. 8. *inf. de publ. jud.*

Sin autem armis) Vis armata ideo publica habetur, quod solius reip. est armis uti.

COMMENTARIUS.

1 *Interdictum* unde vi, *quibus quarum rerum nomine detur?*

2. De-

2 *Dejici quis intelligatur?*
3 *Etiam fructuario & usuario hoc interdictum dari.*
4 *Quibus hoc casu ex constitutione Constantini detur.*
5 *In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi, vel precario ab adversario possidet. Licere autem dejicientem in incontinenti rursum dejicere. Vestigium juris veteris apud Paulum.*
6 *Quatenus, Canones hoc interdictum extenderunt, & de remedio can.* redintegrandæ: *tum quomodo hic apud Batavos procedatur.*
7 *Pœna invasionis ex sacris constitutionibus, & legibus Juliis.*

(1) AD recuperandam possessionem *unde vi* interdictum proditum est ei, qui vi de possessione dejectus est, quod fuse declaratur ab Ulp. *l. 1. & l. 3. de vi, & de vi arm.* Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantum, qui de fundo & ædibus dejicitur: ad rerum vero mobilium possessionem recuperandam non pertinet: quoniam hic sufficit actio furti ut vi bonorum raptorum, *d. l. 1. §. 5. & seqq.* Idemque est si quis de nave aut vehiculo dejiciatur, *d. l. 1. §. si quis, 7.* Paul. *5. sent. 6.* videlicet si navis aut vehiculum simul abducatur: alias dejecto injuriarum dumtaxat actio datur. Plane de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi dejectus est, tunc cum dejiceretur, habuit, placet etiam hoc interdictum reddi: quia verum est vi de eo loco dejectum esse, *l. 1. princ. §. si fundus, 32. & seqq. l. pen. eod.* Et quoniam difficulter a dejecto probari potest, quæ & cujus æstimationis res direptæ, & deperditæ fuerint; cautum est, ut ei de qualitate & æstimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam a judice, qui recte facturus sit, si prius quam jusjurandum deferat, pro personarum & negotii qualitate modum statuat, quem jurejurando non liceat excedere, *l. si quando, 9. C. eod.* Hoc interdicto ex constitutione Justiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cum jure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset, quam si reversus dominus ab ingressu prædii prohiberetur, *l. 6. in fin. de acq. poss. d. l. 1. §. sive autem, 34. unde vi,* Don. *ad d. l. ult. num. 9.* D. Tuld. *ad eumd. tit. C. n. 4.* Menoch. *recup. poss. rem. 3.*

Dejectus fuerit) Dejici intelligitur is solus, qui possidet: unde & huic soli interdictum *unde vi*, competit, *d. l. 1. §. non alii, 45. unde vi.* Et ideo si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius, qui nostro nomine in possessione est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur. Nam ut isti non possident, sed nos per eos possidemus; sic iis dejectis, non ipsi dejecti intelliguntur, sed nos, qui per eos possidebamus, *d. l. 1. §. quod servus, 22. l. ult. eod.* Plane fructuario & usuario etiam hoc interdictum datur, licet & ipsi non magis, quam superiores possideant, *l. 3. §. unde, 13. & seqq. eod.* Sed his plus tribui solet, quia emolumentum rei suo jure percipiunt, quam aliis, qui possessores non sunt, ut demonstratum §. *præc.* Constantinus autem, dum vult reprimere eorum audaciam, qui absentia dominorum confidentiores facti dejiciunt eos, qui absentis nomine in possessione sunt, spe impunitatis sibi proposita, eo quod neque dominus absens subvenire poterat, neque dejecti interdicto agere, ultro omnibus, qui absentis nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt, & hoc interdicto sive actione ad possessionem recuperandam nomine domini absentis experiri permisit: & quidem nullo exspectato domini mandato, cui nihilominus actiones suas integras conservavit, *l. 1. C. si per vim vel alium mod. poss.* add. Menoch. *recup. poss. rem, 5.*

Cogitur restituere possessionem) Et præter possessionem occupatam fructus quoque omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non foret, *d. l. §. ex die, 40. & seq. si vi me, 15. unde vi, l. 4. Cod. eod.*

Licet is ab eo, qui vi dejecerit) In interdicto *uti possidetis* succumbit, qui ab adversario vel vi, vel clam, vel precario possidet, §. *retinendæ, 4. supr. eod.* In interdicto autem *unde vi* etiam ille vincit. (5) Nimirum in hoc interdicto visum est, dejectum statim & sine exceptione restituendum esse, & ne occasio detur tumultus. Enimvero qui dejectus, non ex intervallo, sed in continenti & fervente adhuc congressu dejicientem rursus dejecit, is non tenetur hoc interdicto: quia, quod licet, vim vi repulit, *l. 3. §. eum, 9. eod.* ac proinde possessio in pristinam causam potius reversa, quam ille vi possidere intelligendus est, *l. qui possess., 17. eod.* Cujac., Hotomann. *hic. Duar. 1. dis. 20.* id quod hic Justinianus ait, referunt ad vim armatam seu publicam: nam quod vim privatam seu quotidianam attinet, existimant, posse me hac vi adhibita, eum, qui a me vi, clam, vel precario possidet, impune etiam ex intervallo dejicere: idque Paulum *lib. sent. 6.* significare his verbis: *Qui vi, aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur.* Sed hoc parum convenit menti Justiniani: & hodie sic obtinet auctoritate hujus textus, ut indistincte vincat hoc interdicto, qui vi quacumque a quocumque dejectus est, teste Dom. Menoch. *recup. poss. rem. 1. n. 7.* Jure civili hoc interdicto tantum tenetur, qui dejecit, non alius, qui rem postea possidere cœpit, *l. 7. unde vi.* Canones autem id ostenderunt etiam adversus tertium spolii possessorem, dummodo sciat vim factam esse: quoniam hoc ipso se socium delicti facit, *cap. sæpe, 18. de rest. spol.* Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est, non tenetur Menochius *recup. poss. rem, 15. q. 13.* (6) Iidem Canones & pinguis remedium possessionis recuperandæ introduxerunt, *can. redintegrandæ, 3. qu. 1.* nempe etiam rei mobilis per vim amissæ. Quod hodie frequens est, in foro quoque sæculari obtinet. De quo vid. Menoch. *d. rem.* Gail. *obsev. 75.* Mynsi. *3. observ. 85.* Cacheran. *decis. 93.* Anton. Fab. *Cod. sui, lib. 8. tit. 3. defin. 1. & passim,* Christin. *vol. 4. decis. 135. num. 17. & sed decis. 140. n. 4. & seqq. & decis. seq. n. 4. & deinceps.* Quomodo apud nos procedatur in causa interdicti *unde vi* sive *complaincte*, ut vocant, docet Merula, *lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 3. c. 5. & sect. 3. tit. 1. c. 2. ex Instruct. Cur. Holland. art. 39. & seq.*

Ex sacris constitutionibus) Qui violenter possessionem rei apud alium constitutam invasit, is non tantum tenetur interdicto *unde vi*, sed alias etiam pœnas sustinet: tum ex sacris constitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc pœna invasori imponitur, ut si rei dominus est, dominium ejus amittat: si aliena est, cum re alterum tantum vim passo restituat, *l. 5. l. 7. unde vi.* Eademque pœna postea placuit etiam mulctandos conductores cæterosque alienæ possessionis detentores, qui sine justa causa recusant rem restituere iis, a quibus acceperunt, in eaque recusatione perseverant, donec a judice condemnentur, *l. non abs re 20. Cod eod.* de quo plura dixi *sup. ad princ. de locat.*

Ut

Ut supra diximus) §. 1. *vi bon. rapt.* ubi didicimus, eamdem quoque pœnam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ distinximus, & qua quæque pœna coerceatur, tum a Prætore, tum legibus & principum constitutionibus, obiter notavimus, *sub rub. eod.*

Lege Julia de vi) Ne quid per vim amittatur, etiam legibus Juliis de vi publica & de vi privata prospectum, *l.* 1. §. 2. *unde vi*. Lege Julia de vi publica tenetur, qui aliquem armis de possessione expulsit, *l.* 3. §. 2. *de vi publ.* De vi privata, qui sine armis, *l.* 5. *de vi priv.* Vis armata ideo publica habetur, quod solius Reipubl. est armis uti. De pœna harum legum est in §. *item lex*, 8. *iafr. de publ. jud.*

Armorum appellatione) Vid. *l. armorum*, 41. *de reg. sign. l. armatos*, 9. *de vi publ. l.* 3. §. *unde vi*, Ciceronem in Or. *pro Cæcinna.*

TEXTUS.

Divisio tertia.

8. *Tertia divisio interdictorum est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Nam actoris est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui; reus autem is est, a quo desideratur, ut restituat aut exhibeat. Prohibitorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum Prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat: reus est, qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti* uti possidetis *interdictum &* utrubi. *Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus, vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet.*

NOTÆ.

7. *Cum Prætor prohibet in loco sacro &c.*) Simplicia quoque sunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque, *d. l.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *An dentur interdicta duplicia tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis?*

TErtia hæc divisio sumpta est a personis litigantium. Quædam enim interdicta sunt, in quibus uterque litigator unam tantum personam sustinet, nempe vel actoris vel rei, qualia sunt, in quibus Prætor singulari numero utens unum tantum alloquitur, veluti: *Unde vi tu illum dejecisti, eo illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, inde eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines exhibes.* Quædam in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei: qualia sunt, in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit, veluti: *Uti possidetis, quominus ita possideatis*, &c. *Uti alter ab altero fruimini, quominus ita fruamini, l.* 1. *in princ. de superfic.* Hinc illa simplicia, hæc duplicia dicta sunt. Extat hæc divisio apud Paulum, *l.* 2. *princi hoc tit.*

Duplicia sunt, veluti uti possidetis, & utrubi) (1) Ejusdem generis interdictum est, quod de superficiebus proponitur, *leg.* 1. *princ. &* §. 2. *de superfic.* Alibi hæc interdicta eodem sensu dicuntur mixta, *l. actionis* 37. §. 1. *de obligat. & act.* Paulus *l.* 2. *hoc tit. in fin.* scribit etiam esse quædam interdicta duplicia tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis. Sed Cujac. 4. *observ.* 11. negat, ullum hujusmodi interdictum dari. Quippe fieri non posse, ut quis simul agat, & ad possessionem jam primum adipiscendam, & ad amissam recuperandam: hæc enim repugnantia esse; ac proinde verba illa *tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis*, vel transferenda esse in *l. seq.* vel potius omnino expungenda. At enim illud fieri potest, ut idem interdictum accommodetur & ei, qui jam primum possessionem adipisci studet, & illi item, qui de amissa recuperanda sollicitus est. Cujusmodi est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. Nam hoc interdicto tenetur, & qui prohibuit aliquem in possessionem venire; & is, a quo quis possessione pulsus, *l. a.* §. 3. *illo tit.*

Par utriusque litigatoris conditio) Eum tamen actoris partes obtinere in his interdictis plerique censent, qui prior ad judicium provocavit, *arg. l. in tribus* 13. *de judic.* Idque non tantum quoad litis ordinationem, sed tamen quoad litis definitionem: ac proinde non probante eo, qui provocavit, reum absolvi. DD. comm. in *d. l.* 13. Schneid. *hic num.* 5. *& ibid. in not.* Wesemb. *vers.* 4. *decis.* 142. *n.* 6.

TEXTUS.

De ordine & vetere exitu.

8. *De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur, (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

NOTÆ.

8. *Qualia hodie omnia judicia*) Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia sunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio non observatur.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ judicia ordinaria, quæ extraordinaria olim dicta?*

HIC locus a me expositus est *supr. princ. hujus tit.* pro *exitu* Hotomanno legendum videtur *ritu*: ut agendi, sive ut nunc loquuntur, procedendi formam intelligamus. Quod non placet: quia tunc bis id eum dicere Imperat. nam ordinis appellatione nihil aliud hic significatur, quam ritus & modus procedendi. Igitur *de ordine*, id est, de ritu & conceptione formularum, *de ritu*, id est de effectu. Sic exitu actionis, *l.* 10. §. 14. *quæ in fraud. cred.* exitus controversia possessionis, *l.* 35. *de acquir. poss.* Theopg. περὶ τῆν τάξιν ἢ ἀποτελέσματος.

Qualia sunt hodie omnia judicia) Ait, suo tempore judicia omnia extraordinaria fuisse. Ordinaria judicia dicebantur, in quibus ordine & more usitato verum judiciorum lis agebatur; quo more Prætor adi-

aditus non ipse judicabat, sed quibusdam præparatoriis in jure apud eum tractatis, actionem & formulam dabat, missis porro litigatoribus ad judices pedaneos, qui de re cognoscerent & judicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis observari solebat, *l.* 1. §. 2. *si ventr. nom.* Exceptæ erant quædam causæ, de quibus ipse Prætor ex officio cognoscere debebat: quod quia præter morem judiciorum ordinarium fiebat, & ab ipso Prætore, de illæ causæ dictæ sunt Prætoriæ & extraordinariæ, *titul. de extraord. cognat.* Postquam autem vetus ille mos dandorum judicum sublatus est, magistratibusque injunctum, ut ipsi de causis cognoscant & judicent, *leg.* 2. *Codice de pedan. jud.* omnes actiones extraordinariæ dici cœperunt: eoque sensu ac respectu puto Justinianum quoque hic dixisse, judicia omnia nunc extraordinaria esse. Aliqua certe postquam ordinarium esse cœpit, ut ipsi magistratus judicent, non possunt judicia, quæ a magistratibus exercerentur, extraordinaria vocari. Respond. quæ scripsimus *ad princip. supr. de actionib.* VINN. Interdicta olim quidem erant extraordinaria judicia. Sed tamen, si jam interdixerat Prætor, & adversarius negabat, recte & jure interdictum esse, partes remittebantur ad jus ordinarium, & hinc recuperatores, vel judices dabantur, *leg.* 1. §. 41. *ff. de vi & vi arm. l.* 3. §. *ult. ff. uti poss. leg.* 3. §. 3. *de itin. & act. priv.* Cicero pro Cæcin. *cap.* 2. 8. & 17. Quintilian. *Institut. Orat. lib.* 8. *cap.* 5. *lib.* 12. *c.* 10. Frontin. *delimit. agr. pag.* 41. & *ibi* Agg. Urbic. HEIN.

TITULUS DECIMUS SEXTUS.

DE PŒNA TEMERE LITIGANTIUM.

Continuatio.

COgnito jure tum actoris, tum rei, non inconveniens Justiniano visum est aliquid subjungere de pœna, qua coercentur, qui eo jure abutentes vel temeritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, sive intendendo litem, sive excipiendo.

TEXTUS.

De pœnis in genere.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod & nobis studio est. Ideo eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coercetur.

NOTÆ.

Qui jura sustinebant) Id est, legumlatores, magistratus, Jurisperiti, *l.* 21. *de reb. credit.* l. 13. *Cod. de jud. c.* 2. *& de sentent. & re jud.* Sent. *in Vesp. c.* 10.

Modo pecuniaria pœna) Reus in iis causis, quæ inficiando crescunt: §. 19. 23. & 26. *sup. de act.* actor pœna plus petitionis, §. 33. *sup. d. tit.*

Infamiæ metu) Ut in judiciis famosis, §. 2. *infr. eod.*

Sed & φιλοδίκαι: infamia sequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Causæ litium præcidendæ: lites exortæ statim sopiendæ: temere litigantes coercendi.*

LEgislatorem, auctore Platone, in id unice incumbere oportet, ut civitatem, quoad fieri potest, rediget quasi ad unitatem, hoc est, ad concordiam & unanimitatem. Itaque cum nulla sit res, quæ concordiam & civium inter se consensum magis turbet, quam litium multitudo & frequentia, danda opera est, non tantum ut causæ litium præcidantur, lites exortæ confestim dirimantur: cujus rei uti in legibus ferendis rationem haberet, regem suum monuit Isocrates; sed etiam ut a litigando homines deterreantur, & pœnarum criminatione tam temere litigantium confidentia quam improbe calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque institutæ fuerunt sponsiones illæ, quibus litigatores se mutuo provocabant, *ni veram bonamque causam haberent*: quarum frequens mentio apud Ciceronem, cum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pignora, inter quæ & sponsiones quid interfit ex Verrone, Festo, Asconio docet Hotomannus *in Quintiana*.

Modo pecuniaria pœna) Temeritas litigandi, & mulcta pecuniaria & jurisjurandi & infamiæ metu coercetur. Mulctam intelligit, si reos spectemus in iis causis, quæ inficiando crescunt, quales sunt, damni injuria dati, depositi miserabilis piorum legatorum. Si actores, pœnam plus petitionis, de qua explicatum sub §. *si quis agens* 33. *supr. de action.* Jusjurandum autem calumniæ significat, de quo mox dicetur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, ὅτι τὸ μὲν ἀντωμοσίαν ἢ συωμοσίαν τῇ κακῇ πολιτεύεσθαι, ἤτοι κακοῦργος, μέγα ἐστὶ φοβερόν. Theod. Hermop. *ad l.* 104. *de reg. jur.* Intelligit autem infamiam ex judiciis famosis. De quibus explicabit inferius §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria.

1. *Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. At adversus inficiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur; veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomina agatur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio, veluti furti manifesti, quadrupli; nec manifesti) dupli. Nam ex his & aliis quibusdam causis, sive qui neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione, quod non calumniandi animo litem movisset, sed existimando, se bonam causam habere. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt: quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores mulctabat; quod nusquam factum esse invenimus, sed pro his introductum est & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.*

NOTÆ.

1. *Constitutione nostra*) Extat in *l. 2. C. de jurejur. proq. calum. dand.*

Putans se bona instantia uti) Id est reus jurat, se δικαίαν παρέχειν τὴν ἀντίρρησιν εἶναι τῇ δίκῃ. *Nov. 49. cap. ult. §. 1.* Est igitur instantia, sive ἔνστασις, defensio, seu contradictio rei. Instare, ἐνίστασθαι, contradicere, ἀντιλέγειν, Theoph.

Vel tripli) Theoph. εἰς τὸ τετραπλοῦν: *in quadruplum* Sed hæc verba, *vel tripli*, & apud Theoph. εἰς τὸ τριπλ expungenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio est. Cujac. Hotomann. Fabrot.

Actoris quoque calumnia) Jurat actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet se bonam causam habere, *dict. leg. 2. C. de jur. propt. cal.* Hinc apparet, hoc genus jurisjurandi magis esse opinionis, quam assertionis: nec perjurum dici posse, qui non obtinuit.

COMMENTARIUS.

1 *Jusjurandum calumniæ a Justiniano revocatum qui præstent, & quale id sit?*
2 *Jusjurandum advocatorum & procuratorum in singulis causis.*
3 *Victum in lite etiam in impensas & damna condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, & damnandum, etiamsi hæc nominatim petita non fuerint.*
4 *Mores hodierni circa superiora omnia.*

(1) JUsjurandum calumniæ, quod apud veteres usurpatum, *l. inter cohæred. 44. §. qui familiæ 4. fam. erciſc.* in desuetudinem postea abiisse videtur. Justinianus revocavit, *l. 2. l. 6. C. de jurejur. propt. calc. dand.* ubi sancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret; primum, actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet, se bonam causam habere: deinde reus, se non dolo malo, aut negotiis facessendi causa actori contradicere, sed quod putet, se bona instantia, uti & juste inficias ire. *Nov. 49. c. ult. §. 1.* ubi jubetur reus jurare, se δικαίαν παρέχειν τὴν ἀντίρρησιν εἶναι τῇ δίκῃ. Unde apparet, hoc jusjurandum magis esse opinionis, quam assertionis, nec periurum dici posset, qui non obtinuit. Perez. *ad d. tit. C. n. 3.* Ex constitutionibus novellis jurant pariter ambo nihil se prorsus differendi vel corrumpendi judicii causa fecisse facturosve esse, *Nov. 49. auth. hoc Sacramentum, & auth. in isto, C. eod. Nov. 124. c. 1. auth. Principales C. eod.* Pro iis, qui in tutela aut curatione sunt, jurant tutores curatoresve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obtinet & in cæteris rerum alienarum legitimis administratoribus, *d. l. 2. §. 2. & seq. junct. de auth. principales.* Jurandum autem est apud judicem, qui de causa cognoscit. Cæterum si vel personæ dignitas, vel sexus verecundia, vel moribus non patiatur litigatorem ad Tribunal venire, mittitur aliquis, qui juramentum domi litigantis excipiat, præsente adversario ejusve procuratore, *d. Nov. 124. c. 1. d. l. 2. §. 1. C. eod.* Jure pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini jurare; ad quod tamen speciale mandatum exigitur, *cap. cum causam 6. de jur. calum. c. 3. §. penult. & ult. eod. in 6.* & hoc modo frequentius nomine absentium jurari solet. Gudelin. *lib. 4. de jur. noviss. c. 8. in fin.* Gail. 1. *obs. 83. & seqq.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. c. 4.*

Adversus inficiantes ex quibusdam causis) Ex damni injuria dati, depositi miserabilis, & piorum legatorum causa lis inficiatione duplatur, §. *sed furti 26. sup. de act.* ubi hac de re satis copiose dictum est. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, jusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli) Hæc verba tollenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli actio est. Sed neque in vetustis codicibus ea reperiri testatur Cujac. Hotomann. Pacius.

Pluris quam simpli actio est) Ex furti causa iis etiam sine inficiatione pœnam affert: Sed hæc pœna huc non pertinet, quoniam temeritatem litigantis non coercet; voluitque Justinianus tantum obiter indicare dissimilitudinem causarum.

(2) *Utriusque etiam partis advocati*) Etiam a patronis causarum seu advocati jusjurandum simile superiori, & in causa qualibet, exigitur, ut scilicet jurent, se integro animo causam clientis sui susciperе, nec falsi patrocinii sibi conscios esse, nullam se operam, nullumque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiose aut improbe fingi in ea postea deprehenderint, ejus se patrocinium protinus omissuros, *l. 2. princ. Cod. de jur. propt. calumn. l. in rem non novam 14. §. 1. C. de judic.* De procuratoribus nihil simile jus civile disposuit: sed jure pontificio cautum, ut non obstante præcedente reorum juramento, procuratores ad exemplum advocatorum similiter suo nomine jurent, *c. cum causam 6. de jur. calumn. c. 2. eod. in 6.*

(3) *Pro veteri calumniæ actione*) Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores in partem decimam æstimationis litis, expensarum nomine, mulctabantur, *l. ult. C. Hermog. de calumniat.* quam hic abrogat Justinianus, licet desuetudine jam obliteratam. Eandem tamen restituit, atque in usum revocare conatus est. *Nov. 112.* hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromissione, sed satisdatione fieret.

Damnum & impensas) Appendix sententiæ est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est, victum in lite in expensas quoque & cætera damna victori condemnandum esse, *leg. cum quem 79. de jud. l. properandum 13. §. sive autem 6. C. de jud. l. 4. C. de fruct. & lit. expens. Nov. 82. cap. 10. & hoc text.* Nec victo prodest ejurasse calumniam: ut enim vere de calumnia juraverit, nihil minus tamen ei imputari potest, quod temere adversarium suum in jus vocavit, *d. l. eum quem 79. de judic.* Plane si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis placet, hunc, etsi victus est, ab onere expensarum excusari, *dict. Novell. 82. cap. 10. auth. post jusjurandum in fin. de judic.* idque judicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur; neque tam ex jure scripto, quam ex usu judiciorum peti debet. Cons. DD. *in dict. loc. eum quem 79. de judic. & dict. loc. properandum 13. Cod. eod.* Covarruv. *pr. q. num. 5.* Viv. *lib. 1. opin. 425.* Menoch. *arb. lib. 2. cent. 2. cas. 177. & 1. præsumpt. 35.* Gail. 1. *observat. 151. & seqq.* Gudelin. *lib. 4. de jur. noviss. c. 13.* Dom. Tulden. *comm. hic, cap. 3.* Christin. *vol. 1. dec. 266. & vol. 4. dec. 97. cum ibi citat.* Sichard. in *d. l. properandum 13. §. sive autem 16. & in l. sancimus 155 C. de judic.* Porro præter impensas in ipsam litem factas, etiam cætera damna adversarii in condemnationem veniunt, ut

hic

hic textus expresse docet: sed intrinseca tantum, non extrinseca, ut vulgo distinguunt. Sichard. *ad dict. leg. sancimus 15. v. 9. & seq.* Thesaur. *dec. 67.* Quid si victor propriam causam egerit; etiamne hic salarii ratio habenda? Vid. Mynsing. 1. *obs.* 2. Gail. 1. *observ.* 151. *n.* 16. Trentac. *princ.* 2. *resolut. tit. de postul.* 13. Gudel. *de cap.* 13. Christin. *vol.* 2. *decis.* 102. *n.* 1. Illud enim tenendum est, quamvis expensæ nominatim petitæ non sint, nihilominus tamen victum causa cognita victori in eas condemnandum esse, usque adeo ut si judex hanc condemnationem omiserit, rem periculi sui faciat, d. *l. properandum* 13. §. *sive autem 6. d. Nov.* 82. *c.* 10. Nic. Valla *de reb. dub. tract. 1. n.* 18. Gudelin. *c.* 13. *vers. cæterum.* Sichard. *ad d. §. sive autem 6. n.* 18. ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post Salic. *ib.* licet Bart. & comm. DD. contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione, judex eas taxare, & super iis juramentum victori deferre debet. Sichard. *in d. §. sive autem 6. n.* 16. Gudelin. *d. c.* 13.

Atque hæc quidem jure scripto sic obtinent: cæterum moribus hodiernis magnam partem exoleverunt. (4) Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur, & vis jurisjurandi calumniæ in plerisque tribunalibus usus est. D. Gudelin. *lib 4. de jur. nov. c. 8. in fin.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. c.* 1. Wesemb. *par. de jurejur. n.* 9. Christin. *volum.* 2. *decis.* 141. de quo quæritur D. Diod. Tuld. *lib. 4. de caus. corrupt. jud. cap.* 1. Loquor de juramento calumniæ, quo de hic agitur, quod in exordio judicii a litigatoribus super tota lite jure communi præstandum est; nam quod interdum postea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui jusjurandum judiciale defert, *l. jusjurand.* 34. §. 4. *de jurejur.* id moribus adhuc obtinet Wesemb. *d. n.* 9. Sed neque advocati aut procuratores amplius in singulis causis jusjurandum præstant; verum semel in universum, cum designantur, sive ad postulandum agendumve pro aliis admittuntur. Perez. *ad tit. C. de jur. propt. cal.* Gudelin. *d. cap.* 8. *in fin.* Mer. *d. tit.* 8. *c.* 3. & 4. quod tamen jusjurandum quotannis statis temporibus apud nos renovare tenentur, *art.* 71. *Inst. Cur. Holl.* Jure communi ipsi quoque judices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut jurent, se ex vero & legibus judicaturos, *l. rem non novam* 14. *in princ. C. de jud.* Sed & illi hodie unicum tantum jusjurandum dant in ingressu muneris, quod in causis singulis pro repetito habetur, *arg. auth. Hoc sacramentum C. de jurejur. propt. cal.* Wesemb. *ad tit. C. de ord. judic. n.* 5. Porro nec usu hodierno recepta est actio illa decimaria, quam diximus Justinianum, obliteratam antea & hic repudiatam, postea in usum revocare studuisse *Nov.* 112. Gudelin. *d. l.* 4. *cap.* 13. *in fin.* Quæ vero dicta sunt de condemnatione in expensas litis, & cætera damna adversarii, ea fere hodieque obtinent, nisi quod victus non aliter in hæc condemnari nunc solet, quam si petita fuerint, non quod judex non possit ex officio victori impensas adjudicare, etiamsi petitæ non sint: sed quia, ut Bart. Bald. & DD. comm. in *d. l. properandum* 13. §. *sive autem 6. C. de judic.* censent, & usus judiciorum recipit, non tenetur. Cæterum impensæ satis petitæ intelliguntur secundum plerosque, si libello, ut fieri solet, adjecta sit clausula, *aut super omnibus optimo quoque modo jus & justitia administretur.* Gail. 3. *observ.* 151. Mynsing. 4. *observ.* 55. Damhoud. *prax. civ. cap.* 108. *& ibi in annot.* Nic. Tuld. Merul. *d. sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 15. Gudelin. *d. cap.* 13. Victor quas fecit impensas libello complectitur, & adversarius quantitatem earum deminuit: ac demum judex vi taxationis in sententia sibi reservatæ, utraque parte audita, modum earum constituit, *artic.* 91. *& seq. Instruct. Cur Holl.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit.* 15. *& seq.* Gudelin. *dict. c.* 13. *vers. ult.* Temerarii litigatores apud nos mulctantur hoc modo. Quis in oppidis apud Baillivum & Patres & Curiæ litem temere aut intendit aut suscipit, præterquam quod causam amittit, & impensarum damnum sentit, jubetur condemnari in actionibus realibus in summam trium florenorum, in personalibus in tricesimam partem ejus, quod petitum est, ut tamen hæc pœna non excedat summam sex florenorum. In pagis eadem temeritas coercetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem assium; in personalibus pœna quinquagesimæ æstimationis rei petitæ, quæ tamen pœna non egrediatur summam trium florenorum, *art.* 22. *ord. Justit.* Quod si quis ab inferiore judice ad Curiam provincialem temere promoveat, is jubetur condemnari in florenos triginta, *art.* 211. *Inst. Cur. Holland.* & a Curia temere appellans supremum Senatum, in florenos quinquaginta, *artic.* 232. *Instruct. sup. Senat.* quæ pœnæ fisco cedunt, uti superiores officiarios; add. *novissime ampliat. Instruct. Cur. Holl. edit. ann.* 1644.

TEXTUS.

De infamia.

2. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio; quæ ab utraque parte directa est: & ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti: & recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.*

NOTÆ.

2. *Directis, non contrariis actionibus*) *d. l.* 1. Nam in contrariis judiciis de dolo aut perfidia non agitur; sed tantum de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, *d. l.* 6. §. *ult. l.* 5. *depos.* Nemo autem notatur, nisi qui ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *d. l.* 6. §. *ult. d. l.* 5. *depos.*

Sed & pacti) *d. l.* 1. *l.* 4. §. *ult. d. tit.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur, *l.* 5. *eod.* utique si cum pretio quantocumque pactus sit: non si gratis remissa sit actio. Inhumanum enim esset, veniæ nullum locum dari, *dict. leg.* 6. §. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Judicia civilia ex delicto, quæ qua conditione concurrente famosa?*
2 *Famosam non esse actionem quod met. caus. neque interdicto, neque conditione, quamvis ex famosis causis.*
3 *Ex contractu quæ, quibus conditionibus concurrentibus judicia famosa?*
4 *Cur non omnia judicia famosa?*
5 *In actionibus famosis ex delicto, etiam pactos, infa-*

famia dotari: in iis, quæ ex contractibus, non item: & cum tam varie.

PŒna infamiæ non tam temeritatis pœna est quam doli, & certis duntaxat ex causis judicio civili damnatus infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recensentur. Judicia quidem criminalia & ipsa ut plurimum famosa sunt: sed ea huc non pertinent.

(1) *Veluti furti, &c.*) Furti, rapinæ, injuriarum, de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, *l. 1. de his qui not. inf.* Damnatio ea accipienda est, vel a qua non est provocatum, vel quæ confirmata est, *l. 6. §. 1. eod.* Addit Prætor in edicto, si damnati sint nomine, *l. 1. l. 4. §. ult. eod.* Conditio addita propter procuratores, tutores, & curatores, qui alieno nomine conventi, tametsi ipsi condemnentur, infamiæ notam non subeant, *d. l. 6. §. 2.* Famosa quoque sunt judicia sepulcri violati, *l. 1. de sepulcr. viol.* & expilatæ hæreditatis, quod est gravius judicio furti, *l. sive, 11. C. ex quib. caus. infam.* item actio quæ est adversus mulierem, quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adseveravit, cum prægnans non esset, aut ex alio concepisset, *l. notatur, 15. cum 4. seqq. eod.* (2) Actio autem quod metus causa famosa non est, quoniam in hac satis visum quadrupli pœna contumaciam coerceri. Don. *15. comm. 40.* Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti, *l. neque, 13. unde vi.* Postremo nec inter causas famosas ex delicto numeratur damnum injuria datum: nimirum quia etsi ponamus, consulto & malo animo damnum datum esse, tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competeret) non videtur tam atrocem pœnam mereri. Horom. *hic* Illud constat, in contractionibus cessare ignominiam, quamvis ex famosis descendant, *l. cessat, 56. de obligat. & action.* veluti in condictione furtiva, & actione rerum amotarum, *per leg. pen. de cond. furt. l. rerum, 26. de act. rer. amot.*

(3) *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio*) Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiscentia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio, famosa sunt, notanturque his judiciis damnati, si tres hæ conditiones concurrant; si quis suo nomine; si de dolo ac perfidia sua; si directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est, *leg. 1. l. 4. §. ultim. de his qui not. inf.* Ex qua intelligimus, notari eos solum, qui suo, non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores, tutores, curatores, hæredes. Itaque si quis judicio famoso conventus curet, ut per procuratorem defendatur, hic futurum est, ut & ipse infamiam effugiat, quia non condemnabitur, sed procurator ejus, *l. 1. C. de sent. & interlocut.* neque tamen notatur procurator, quia condemnatur alieno nomine *d. leg. 6. §. 2.* De hærede quoque ideo eodem loco dicitur: nimirum & hæres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in solidum teneatur, & lite contestata pœnales quoque ex delicto contra eum transeunt, *leg. 12. l. omnes, 26. l. ex contractibus, 49. de obligat. & act. l. ad ea, 157. §. ult. l. pœnalia, 164. cum simil. de reg. jur.* neutro tamen casu ita tenetur, ut damnatus infamiæ notam subeat, cum non suo nomine, nec ex suo dolo, & delicto, sed ex alieno conveniatur. Hodie autem exiguum hæc usum habent, quoniam non amplius sententia in procuratorem sed in dominum dirigitur. Dom. Tulden. *in tit. C. de sentent. & interloc. num. 4.* Christin. *vol. 4. decis. 91. n. 16.* Merul. *lib. 4. dist. 1. sect. 5. tit. 1. cap. 1.* Neque privata judicia pœnalia habemus, quæ dici possint lite contestata in hæredes transire, nisi forte injuriarum. Illud adhuc manet, quod licet successores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in solidum teneantur, nunquam tamen ita tenentur, ut damnatos sequatur infamia. Secunda conditio est, si quis ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatur, *l. 5. §. olt. de his qui not. infamia, leg. 5. depos. §. subjectus, 6. de susp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admisit, culpa tantum imperitiave aut solita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest, *l. probrum, 42. de verbor. signif.* Tertia & postrema conditio est, si quis condemnatus fuerit judicio directo, *d. leg. 1. de his qui not. infam.* Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantum de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, *dict. leg. 6. ult. eodem tit. dict. leg. 5. depos.* Hæc autem conditio addita non propter actionem pro socio, quippe quæ utrinque directa est: sed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Plane in causa mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia, ut in specie *d. l. 6. §. ante penult. de his qui notat. infam.*

(4) *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio*) Quid ergo? An reliquis bonæ fidei judiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pignoratitia, ob dolum & perfidiam damnati infames non erunt? Et cum Prætor quatuor illa, quæ hic proponuntur, nominatim exceperit, notaveritque, haud dubie in cæteris integram existimationem servari voluit. Neque vero defuit Prætori sua ratio, cur quatuor illa a cæteris segregaret. Licet enim in omnibus, qui se malitiose gerit, fidem ex æquo violet, in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitiæ; quod majoris est improbitatis: nam quod de mandato non ex fide gesto ait M. Tullius *pro Rosc. Amer.* eo nomine non minus turpe judicium constitutum esse, quam furti, propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati judicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio, pertinet: add. Coras. 4. *miscell.* 19. Donel. *vs. comm. 8.* Hodiernis moribus nullam tam ex causa, quam ex genere pœnæ infamiam irrogati, vid. Bern. Autum. *confer. ad rubr. C. ex quib. caus. infam.* Zypæ. *not. jur. eod. tit.* Groenn. *de legib. abrog. hic.*

(5) *Sed & pacti*) Non solum damnati ex superioribus delictis, sed & pacti infamia notantur, *d. l. 1. l. 5. §. ult. de his qui not. infam.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen, qui pacisci tur. *leg. 5. eod.* confessus autem pro judicato est, *l. 1. de confess.* Quod tamen ita acceptum est, si quis cum pretio quandocumque pactus sit, non si gratis remissa sit actio: nam inhumanum esset, veniæ nullum locum dari, *l. 6. §. 3. de his qui not. inf.* In actibus vero, quæ famosæ sunt ex contractibus, pacisci infamia non notatur, quoniam in his causis non tam turpis est pactio; & potius hic de eo, quod adversarii interest, interposita præsumitur, quam ex conscientia doli, *l. 7. eod.* Atque ad has causas tantum illud quoque pertinet, quod traditur in *l. si reus 73. de procur.* reum actione famosa conventum infamiam declinare posse, si tantam pecuniam, quanta petitur, actori solverit, aut

aut eo recusante accipere, si oblatam apud acta deposuerit: quamquam DD. vulgo hoc etiam ad causas famosas ex delicto referunt. Vid. quæ notamus sup. §. *in summa* 10. *de injur.*

TEXTUS.

De in jus vocando.

3. *Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, quæ Prætor edicit de in jus vocando. Utique enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus dicturus sit. Qua parte Prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso Prætore postulaverint, & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.*

NOTÆ.

3. *Actionum instituendarum*) in jus vocatio principium est judicii instituendi, & prima ordinis judiciarii pars, *l.* 1. *C. de exc. rei judic.*

Parentibus & Patronis) *L.* 4. *cum seqq. de in jus voc.* §. 12. *sup. de act.* Macrob. 7. *Saturn.* 5. *Ab auctoritate vestra tamquam ab edicto Prætoris imperata venia.*

Solidorum quinquaginta) *L. pen. d. tit.* Quod si liberrus inopia laboret, a præfecto urbi, quasi inofficiosus castigatur, *l. ult. eod.* Unde vulgo dici solet, *qui non habet in ære, luat in pelle.*

COMMENTARIUS.

1 *Partes processus judiciarii.*
2 *An in jus vocatio pars sit judicii?*
3. *Effecta in jus vocationis.*
4 *Omissa in jus vocatione nihil cognosci aut statui posse.*
5 *Quid interfit inter citare, & in jus vocare?*

COncluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hactenus dicta sunt, pertinent; docenturque actionem omnem instituendam esse apud magistratum, cujus de ea re jurisdictio est, vocato prius ad eum adversario.

(1) *Actionum instituendarum principium*) Processus judiciarii partes sunt quatuor: ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expressserunt Impp. in *leg.* 1. *C. de execut. rei jud.* in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta sententiæ executio, quæ tamen ab ordine de quo ad eam pervenitur, secerni potest. (2) Prima ordinis judiciarii pars est in jus vocatio: ab ea enim, ut hic dicitur, omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt: sed hoc alii & plures negant: quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis est contestata, *l. un. C. de lit. contest. l. amplius*, 15. *ratam rem hab.* Gail. 2. *obsrv.* 48. & 74. Wesemb. *par. de judic. n.* 6. Christin. *vol.* 2. *decis.* 149. *n.* 12. *decis.* 155. *n.* 9. Dissidium non difficile compositu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima. Wesemb. *ad rubr. Cod. de judic. n.* 19. Cagnol. *ad rubr. Cod. de edend. n.* 21. & 24. aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe progressu judicii a lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solent. Marant. *Spec. aur. pag.* 5. *n.* 2. Priore sensu non minus in jus vocatio proprie & vere pars judicii est, quam litis contestatio, &c. Posteriore proprie judicii pars non est, quamquam nihil vetat, partem judicii etiam proprie dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam qui partem esse judicii negant, eam vocant principium, basim & fundamentum processus, Gail. *dict. observ.* 43. & *dict. observ.* 74. *n.* 1. (3) Effecta in jus vocationis hæc fere sunt. 1. Ut si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *leg.* 7. *de judic.* 2. Quod perpetuat jurisdictionem judicis delegati, hoc est, ut is delegante post propositum citationis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, *c. gratum*, 20. *de offic. deleg.* 3. Quod post citationem in actionibus in rem, res, de qua agitur, litigiosa esse incipit, *auth. litigiosa C. de litigios.* vide Covarruv. *pract. quæst.* 15. *n.* 6.

In primis adversarius in jus vocandus est) Qui judicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, *leg.* 1. *de edend. auth. offeratur, Cod. de lit. cont.* (4) Unde intelligimus, hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso, nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, facit *leg. Cod. de sent. & interloc.* & merito: quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. *Clement. pastoralis de re judic.* Petr. Greg. 48. *syntag.* 2. *n.* 28. Damhoud. *prax. civil. cap.* 54. *n.* 3. Gail. 1. *observ.* 48. & *de pac. publ.* 5. *num.* 6. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. tit. 4. *c.* 1. Christin. *vol.* 2. *decis.* 89.

Qui jus dicturus sit) In jus vocare est ad eum vocare, qui jus dicturus est, juris experiundi gratia, *leg.* 1. *de in jus voc. & hoc text.* Judicem igitur ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præesse, aut aliam jurisdictionem habere. Ad eum, qui nudam duntaxat notionem habet, hoc est, ad judicem pedaneum vocatus, impune non parebit, *l.* 3. §. 1. *ne quis eum, qui in jus voc.* Additur in *d. l.* 1. *juris experiendi causa*: qui finis est vocationis. Non enim vocatur quisquam in jus ea gratia, ut cum eo liceat jure judicioque experiri, sive agere dere, quæ in judicium vocatur. (5) In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Justiniani, contra quam veteres: qui verbo *citare* nunquam utuntur pro in jus vocare. Sane verbi *citandi* latior etiam nunc usus est, quam in jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post cœptum judicium, & in quavis parte judicii; veluti cum quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes, &c. cum in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit, dicatur duntaxat. Quomodo nunc citatio seu in jus vocatio fieri soleat, quibus partibus constet, & quam vim habeat, cognosces ex Merul. *lib.* 2. tit. 1. & *lib.* 4. *dist.* 4. sect.

sect. 1. tit. 4. cap. 1. & seqq. Gail. 1. *obs.* 47. *& seqq. & obs.* 74. *n.* 16. *& seqq.* Mynsing. 6. *obs.* 10. Christin. *vol.* 2. *dec.* 89.

Parentibus & patronis) Hac de re copiose explicatum est sub §. *panalis*, 12. *supr. de action.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE OFFICIO JUDICIS.

Continuatio. Quid litis contestatio? An ea a parte rei aliquando per affirmationem aut confessionem inducatur? ejus effecta, & quibus in causis necessaria.

SI is, qui in jus vocatus est, neget quod intenditur, & cum actore paratus sit contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & a veteri ritu testatoris in lite instituenda, litis contestatio dicitur; de quo ritu vid. Petr. Fab. 2. *semestr.* 24. Rævard. *pro tribunal.* 11. Cujac. 9. *obs.* 21. Per litis contestationem potestas fit judici de re cognoscendi & judicandi: ante nihil cognosci, aut definiri potest. *Nov.* 53. *cap.* 4. *tot. tit.* C. *ut lit. non cont. non proc.* Eaque sic recte nunc definietur, (vetus contestatio sublata est, licet nomen manserit) negotii hinc inde apud judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eamdem rei conventi responsionem per contradictionem, *l. un. C. de lit. cont. l. rem non novam.* 14 §. 1. *C. de judic. leg.* 2. *Cod. de jurejur. propt. calum.* Enimvero non quælibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei litis contestationem inducit, sed distincta, & quæ starum causæ judici demonstrat: Cumque lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, litis contestationem non fieri, nisi quemadmodum definivi, per contradictionem ejus quod petitur; ac proinde ex parte rei non nisi negative, *dict. leg.* 15. §. 1. *C. de judic.* Vigl. *de lit. contest. c.* 1. Obrecht. *cap.* 2. *n.* 16. *& seqq.* D. Perez. *ad tit. C. eod. n.* 3. *&* 3. Et male igitur Glossa in *cap. unic. c.* eod. Sichard. *in rubr. Cod. n.* 5. Merul. *lib.* 5. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 6. *cap.* 1. statuunt, etiam per confessionem rei litis contestationem induci; nam qui hosti se dedit, certare dici non potest. Lite contestata, (*soo haest de gedaeg, de geant vvorvt he est, ende concliosie genomen, dat den* impetrant *si in en eysch ende concluste salzijn ont seydt*) judicium constitutum esse intelligitur, *d. l. un. C. de lit. cont. l.* 15. *rat. rem hab. l. lite*, 35. *de usur.* junct. *leg.* 1. *Cod. de jud.* Est enim litis contestatio, ut dictum est superiore titulo, prima judicii pars, si vocem judicii proprie & stricte accipimus, & a DD. appellatur judicii principium formale: cujus effecta congesserunt, Gail. 1. 1. *obs.* 76. *&* 2. *seqq.* Merul. *d. tit.* 7. *c.* 2. *in C. de lit. cont. n.* 8. & D. Tuld. *ib. n.* 3. Sunt autem fere hæc 1. Per litis contestationem statim res subjicitur cognitioni judicis. 2. Actiones omnes, quæ alias tempore aut morte perituræ essent, semel judicio inclusæ, salvæ permanent, §. 1. *supr. de perp. & temp. action. l. omnes*, 26. *l. sciendum*, 58. *de oblig. & action. l. nemo*. 87. *l. omnes*, 139. *de reg. jur.* 3. Actiones, quæ alias triginta annorum spatio circumscriptæ, post litis contestationem omissæ, intra quadraginta annos repeti possunt, *d. ult. C. de præscr. trig. ann. l.* 1. §. 1. *C. de ann. exc.* 4. Litis contestatio inducit præstationem fructuum in strictis judiciis, quibus agitur ad conse-

quendum quod nostrum non fuit, *l. videamus*, 38. §. *si actionem*, 7. *de usur.* 5. Excludit exceptiones dilatorias, *l. pen. & ult. C. de exc.* & in universum actoris conditionem meliorem facit, *leg. non solet*, 86. *cum l. seq. de reg. jur.* 6. Litigatores in eodem judicio retinet, *leg. ubi acceptum*, 30. *de judic.* & retinet in conjuncto, ne causæ continentia dividatur, *leg. nulli*, 10. *C. dict. tit.* adeoque actorem petitioni mutuæ (reconventionem vocant Pragmatici) obnoxium reddit, *leg. qui cogitur*, 22. *eod. tit. l.* 14. *& auth. Et consequenter, C. de sententi. & interloc.* Illud omnes passim notant, omissa litis contestatione processum vitiari: quamquam sunt quædam causæ, quæ contestationem non desiderant, quales sunt causæ appellationis, summariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora. Mynsing. 1. *obs.* 1. *&* 38. *& obs.* 74. Gail. *dd. loc.* Merul. *d. tit.* 6. *c.* 2. Christin. *vol.* 2. *decis.* 155. *n.* 2. Constituto sic per litis contestationem judicio statim res ad cognitionem judicis pertinere incipit, de cujus officio porro videndum.

TEXTUS.

De officio judicis in genere.

Superest, ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.

NOTÆ.

De officio judicis) Aliud veteribus est officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, cui cohæret potestas exequendi, quæ mixtum imperium nostris dicitur, *l.* 1. *in fin. l. ult.* §. 1. *de off. ejus, cui mand. jurisd. l.* 3. *de jurisd.* alterum nudæ notionis, causæ cognitione, & sententiæ dicendæ potestate circumscriptum, *l.* 5. *l.* 15. *l.* 55. *de re jud.*

Nec aliter quam legibus) *L.* 13. *C. de sent. & inter loc. auth. jubemus Cod. de judic.* Quippe judex legum minister, non arbiter est. Augustin. *cap.* 2. *dist.* 4. *postquam leges latæ: sunt: non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum est, & Nov.* 146. *c.* 2. jubentur judices, νόμοις ἐγνωσμένα δικάζειν φῦσιν legibus cognitam edere sententiam, in quas jurabant Athenis & Romæ.

Aut constitutionibus) Sententia, quæ expressim lata est contra legum, constitutionum, morumve præscripta, ideo inutilis est, ut ne appellatio quidem necessaria, *leg.* 19. *de appell. l.* 1. §. 2. *quæ sent. sin. prov. l.* 2. *C. quand. prov. non est nec.*

COMMENTARIUS.

1 *Aliud esse officium jus dicentis, aliud judicis: illi respondere quod vulgo vocatur officium judicis nobile; huic, quod mercenarium: & in quibus hæc consistant?*
2 *Causæ cognitio quid, & quibus in rebus consistunt.*
3 *Officium judicis in judicando quale?*
4 *Quæ sententiæ nullius momenti: quæ item licet injustæ, valeant nisi provocetur: & quid circa hæc in Belgio.*
5 *Utrum judex secundum conscientiam suam, an secundum acta & probata judicare debeat?*

6 Omnes

6. *Omnes judices, etiam supremos, secundum leges & mores judicare debere: & secundum quæ jura judicetur in his provinciis?*

ALiud est veteribus Officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis; Illud Interpretes vulgo officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis quam sensu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent; minores facilitate sua læsos in integro restituere, *l.* 1. §. 1. *de minor.* bonorum possessionem dare: in possessionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoresve non habentibus constituere: judices litigantibus dare; jubere cavere prætoria stipulatione, *l.* 1. *l.* 4. *de jurisd.* sententiam judicum a se datorum exequi, *l. a Divo*, 15. *de re jud.* multam dicere, pignora capere, *l.* 1. *si quis jud. non obtemp.* *l.* 4. § 1. *de damn. infr.* Sic hodie cum magistratus non servato judicii ordine, reum nec auditum ad solius actoris supplicationem jubet supersedere facto aliquo, puta cæsione sylvæ, cultione agri, &c. idque sub pœna, addita clausula, quæ & necessario addenda, ut si gravatum se sentiat mandato pœnali, certo die veniat se defensurus; quo veniente mandatum illud resolvitur in simplicem citationem: hoc autem proficiscitur ab auctoritate prætoria & officio judicis nobili. Olden. *in præfat. Class. Cod. de offic. jud.* D. Tulden. *hic c.* 1. Ad officium judicis pertinet, causam cognoscere, *leg.* 9. *Cod. de judic.* dare & moderari dilationes; (1) *leg.* 7. *de fer. & dilat.* jubere cavere stipulatione judiciali, §. 1. *supr. de div. stip.* denique de re cognita pronuntiare: nam & sententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur tam super re principali, quam super usuris, fructibus, sumptibus litis, aliisque accessionibus *leg. de qua re*, 74. *de jud. leg. qui per collusionem*, 49. §. *ult. de act. empt.* dicta autem semel sententia, cessant partes judicis, & succedunt magistratus, *leg. judex*, 55. *de re jud.* Igitur ad officium judicis duo hæc maxime spectant; causæ cognitio, & judicatio. (2) Causæ cognitio, quæ & disquisitio, & examen, & disceptatio, est corpus & substantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. Vestr. 3. *pr. aul. Rom.* c. 3. *num.* 7. & Gravat. *ad Vestr. ibid.* Consistit autem in iis rebus, ut judex negotiis veritatem examinet, deinde & justitiam; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus, *leg.* 3. *de in integr. restitut.* cognoscitur autem causa ex iis quæ a litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi: inde expendenda, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctorie ac summatim, ut interdum fit, cum de re aliqua non ex professo agitur, sed duntaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens, id quod contra affertur, si altiorem quæstionem habeat, in aliud tempus rejicere solet, *leg.* 3. §. 4. *de Carb edict. l.* 15. §. 4. *de re jud.*

Consule de causis summarii Judicii & perfunctoriæ cognitionis Vestrium *pract. aul. Roman. lib.* 5. *cap.* 1. *& seq.* Damhoud. *prax. civ. c.* 22. *& seq.* Mynsi. 3. *observ.* 70. *& observ.* 16. verum ut in justo judicio, adhibita plena & justa inquisitione. Est autem plena & justa inquisitio ac cognitio, cum judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoscatque, *leg.* 9. *Cod. de judic.* & ibi DD. Causa sic disceptata ac cognita, superest, ut judex, qui de re cognovit, etiam judicet, seu sententiam ferat, *l. de qua*, 74. *de jud.* in qua ferenda quid pro officio observare debeat, docet deinceps Justinianus.

(3) *Nec aliter judicet, quam legibus*) Judici permissum non est, quo velit modo, ita judicare; quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus est proditum, *hoc text. leg. nemo*, 13. *Cod. de sentent. & interloc. auth. jubemus Cod. de jud. Nov.* 126. *c.* 1. ubi jubentur judices νόμοις ἐγνωσμένα δικάζειν φῆφον, *logibus cognitam edere sententiam*. Cui consentaneum est, quod principes humanæ sapientiæ Plato & Aristot. non uno loco tradiderunt, judicem legibus alligatum esse oportere. Et illud Augustini *cap.* 3. *dist.* 4. *Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum*. Potest sane judex verba legis, si duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem legislatoris conservet; quinimmo id facere jubetur, *leg. benignus*, 18. *de leg.* atque in re omni æquitatis potius quam stricti juris rationem habere, *leg.* 8. *Cod. de judic.* Scriptum sequi, ait M. Tullius *in ea pro Cæcin. cap.* 23. *calumniatoris est, boni judicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere*. At enimvero si & ipsa legis verba & simul mens legislatoris perspicua sint, quamvis a generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege inesse putatur, dissideant, cujus rei exemplum habemus in *leg. prospexit*, 12. §. 1. *qui & a quibus man.* hic judex non potest prætextu æquitatis a verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam, nec tam interpretetur legem, quam tollat: quod solius est Principis, hoc est cujus est & legem condere, *leg.* 1. *leg. ult. Cod. de legib.* Gudelin. *lib.* 5. *de jur. nov. c.* 2. (4) Sententia contra formam juris lata nullius momenti est, veluti quæ causa non cognita, aut non publice & palam, ac more majorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta, *tit. Cod. quomod. & quand. judic.* quæ ex scripto recitata non est, *Cod. de sentent. ex brevit. rec.* quæ absolutionem aut condemnationem non continet, *leg.* 3. *Cod. de sent. & interl.* quæ sine certa quantitate prolata, *Cod. de sent. quæ sine certa quantit.* quæ lata est contra rem judicatam, a qua provocatum non est, *leg.* 1. *quand. prov. non est nec.* quæ expressim contra leges, Senatusconsulta, aut constitutiones data, *l. si expressim*, 29. *de appell. l.* 1. §. 2. *quæ sent. sin. appell. leg.* 2. *Cod. quod prov. non est nec.* & si quæ sunt similes. Cumque hujusmodi sententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam sine appellatione causa denuo induci potest, *dd. ll.* Sed quia si horum nihil objici possit, & tamen sententia injusta dicatur? Placet sententiam valere, & standum esse rei judicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta, *leg. præses*, 27. *leg. cum prolatis*, 32. *de re judic. dict. l.* 2. *Cod. quand. prov. non est nec.* usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur, *leg. ultim. Cod. sent. resc.* Verum hoc ita est, si nihil amplius proponatur, quam sententiam in hypothesi injustam esse: quia de jure litigatoris judex pronuntians eum condemnavit, quem absolvere debebat, aut contra. Ut ecce, actor centum nomine sortis & viginti usurarum nomine petit: reus negat, usuras usurarum a se peti posse ex constitutionibus, judex reum in eam quantitatem, quæ petita est, condemnat, existimans, eas constitutiones nihil ad rem facere: quamvis judex id imperite & injuste faciat, rei tamen judicatæ standum esse respon-

sum est, *dict. leg. præses*, 27. junct. *dict. leg. cum*, *prolatio*, 32. *de re judic.* Diversa causa est, si pronuntiasset, usuras usurarum peti posse: tunc enim una cum reo constitutiones ipsas damnaret; qualis sententia cum non solum ἄδικος sit, sed etiam παράνομος, de lege ipsa & contra eam directo lata ipso jure nulla est; & ideo nec provocationis auxilium in hac specie necessarium, *dict. l. si expressim*, 19. *de appellat. dict. t. 1. §. 2. quæ sentent. sine appellat.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus distinctionis accommodatum, *dict. l. 2. Cod. quand. prov. non est nec.* ubi item exemplum aliud. Alii de tota hac re, Vant. *de null. ex defect. proc. n.* 118. *& num.* 122. *& seqq.* Zas. Duar. & DD. *in d. leg. præses*, 27. *de re jud.* ubi recte observant, verba *condemnavit contra legis sacras constitutiones*, non esse judicis pronunciantis, sed Jurisconsulti casum referentis. Add. D. Christin. *vol.* 4. *decis.* 1175 ubi post D. Leon. *cens.* 3. *num.* 7. notat, *rubr. quand. priv. non est nec.* in hisce partibus non observari, sed appellationem necessariam esse, etiam cum sententia ipso jure nulla est, uti & moribus Gallorum, ut idem *eodem loco & vol. 1. decis. 16. num. 6.* ex Imbert. Rebuff. Burgnion & aliis refert. Rectius videtur dicere D. Diodor. Tulden. ad *dict. tit. Cod. in fin.* sententias judicum in his regionibus ipso jure irritas aut nullas non esse. Et igitur in statu judiciali seu quæstione juris quod judicem sequi oporteat, in medio positum est: si quidem ex jure, quod certum est, & notum ei esse debet, sententiam ferat, tametsi a litigatoribus aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, *leg. unic. Cod. ut quæ des. adv. jud. supr.* & ibi Doctor. In statu autem conjecturali, seu cum de facto ambigitur, plus difficultatis res habet. Nam cum facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, & secundum acta, & probata judicandum, *leg. 6. §. 1. de offic. præfor.* Proinde reus convictus condemnandus, non convictus, etsi ipse nihil præstiterit, absolvendus, *l. 4. C. de edend. l. 9. Cod. de obl. & action.* nec quod deest in facto, judex supplebit, *argum. dict. leg. unic. Cod. ut quæ des. advoc.* ubi Glossa & DD. nisi factum actis contineatur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata ex instrumento, quo probatur obligatio & actio, appareat, Ranchin. *in notis ad* Guid. Pap. 222. Christin. *vol. 2. decis. 165. n. 1.* (5) Quoniam autem judex in judicando sequi jubetur rerum probatarum fidem, *dict. l. 5. §. 1. de offic. præscript.* plerique censuerunt, etiamsi liquido judici constet, falsitate aliqua vel testium vel instrumentorum bonam causam lædi, tamen secundum acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non secundum privatam scientiam; adeoque in foro animæ excusatum esse, qui secundum probata eum, quem scit esse innocentem, condemnat. Canonistæ in *cap. Pastoralis*, 28. §. *quia vero* 2, *de offic. de leg.* Cyn. *in l. unic. C. ut quæ dec. adv.* Covarr. 1. *resol. 1.* Clar. *l. 5. §. fin. princ. crim. quæst.* 86. *num. 2.* Cacheran. *decis. 79. num. 43. & seqq.* Christin. *vol. 2. decis. 148. num. 21. & volum. 1. decis. 4.* ubi plures citantur. Mihi vero longe tutius videtur ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen numquam judicet contra conscientiam. Etenim jubetur judex judicare secundum ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non potest non judicare secundum conscientiam. Quippe probare Latinis est fidem facere. Cui autem fides facienda, nisi judici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum est, & ita mandatum, ut ex animi sui sententia æstimare eum oporteat, quod aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *leg. 3. de test.* & prout religio suggerit sententiam proferre, *l. eum quem*, 79. §. 1. *de judic.* Jam vero si ea, quæ allegantur, pugnent cum scientia judicis, fidem judici facere non poterunt, cum falsa sint, & religione metuque Numinis prohibebitur secundum ea judicare. Una enim & simplex est veritas; ac proinde dividi conscientia aut scientia judicis in publicam aut privatam non debet. Neque obstat *dict. lex 6. §. 1. de offic. præf.* nam & ibi jubetur præses, non tam instrumentis, quæ vitiosa & falsa esse possunt, quam rei veritate, quæ ex iis, quæ probantur, perspicitur, moveri. Itaque arbitror, & divino & humano juri consentaneum esse, ut judex in quæstione facti ex animi sui sententia, religione & conscientia pronuntiet, veritatemque asserat, spretis testimoniis, quamvis ille solus falsa esse sciat: maxime si talis est judex, ut ab eo nulla sit provocatio, nec veritati nisi in fide illius ullum præsidium. Sin vero is judex est, a quo provocari potest, satius est, eum a judicando abstinere, & testimonio suo, quantum in se est, causam ejus, cui injuria fit, apud judicem superiorem adjuvare: ne temere publica testimoniorum spernatur auctoritas, aut fenestra aperiatur pravis hominibus passim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore scientiæ aut conscientiæ id ipsum excusandi aut defendendi. Censent fere Coras. 4. *misc.* 20. Hotomann. *illustr. quæst.* 37. D. Tulden. 3. *de princ. jurisp.* 6. *& in comm. hic cap.* 3. eoque etiam inclinare videtur Costal. *ad d. l. 6. §. 1. de offic. pras.* Cæterum est hæc quæstio de raro contingentibus, cum difficulter contingere possit, ut vera judicis scientia pugnet cum testimoniis aut instrumentis, quibus nihil objici queat.

(6) *Legibus, constitutionibus, aut moribus proditum*, Præceptum hoc ad omnes judices ex æquo pertinet, sive magistratum gerant, sive aliter judicent: quamquam sunt, qui id pertinere negant ad summas præfecturas seu Curias ultimæ Jurisdictionis. Nam Justinianus generaliter loquitur, & in *Nov.* 8. c. 12. nominatim de præsidibus provinciarum, omnemque dubitationem tollit *Nov.* 82. *cap.* 13. In his provinciis qui judicant, primum jura municipalia & constitutiones provinciales, tum mores has consuetudines locorum spectant, quibus si controversia dirimi non possit, ad jus commune, id est, Romanum, quod apud bonam partem Europæ observarum, tamquam ad *αὐτοψίαν* confugiunt. Gudelin. *lib. 1. de jur. noviss.* Christin. *vol. 1. dec.* 343. Grot. *Introduct. ad jurisp. Batav. cap. 2.*

TEXTUS.

De judicio noxali.

1. *Idcoque si noxali judicio auditus est, observare debet, ut si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mavium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.*

NOTÆ.

1. *Noxali judicio auditus*) Cujac. *addictus*, vel *additus*, sed hujusmodi verba parum conveniunt moribus sæculi Justinianæi, quo impetrationes actionum jam sublatæ erant. Wesemb.

COM-

COMMENTARIUS.

UT sententia judicis valeat, & res judicata esse intelligatur, necesse est reum aut absolvi aut condemnari, *leg. 1. de re jud. l. 3. C. de sent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim sententiæ non habet, §. *curare*, 32. *supr. de act.* nisi natura rei petitæ obstet, quominus certa sententia ferri possit; veluti in judiciis universalibus, qualia sunt petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ; aut si plures res generaliter aut disjunctim promissæ petantur: nam eodem modo condemnatio facienda, ne per sententiam reo auferatur jus electionis, vid. *not. sub. d. a. curare.* Quod autem Justinianus hic scribit, judicio noxali convictum ita condemnandum esse, ut aut pecuniam solvat, aut servum noxæ dedat, id non videtur esse necessarium: quoniam pecunia tantum in actionem judicati venit: dedendi autem facultas non a judice, sed a lege est, *leg. 6. §. 1. de re jud.* quod alibi quoque monuimus *sub. §. 2. de nox. act.*

Aut noxam dedere) Τὸν βλαψαντα, corpus ipsum, quod nocuit, §. 1. *supr. de nox. act.* Similis locutio est in *l. 1. in fin. princ. de his qui effud.*

TEXTUS.

De actionibus realibus.

2. *Et si in rem actum sit coram judice, sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget, in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus, restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Et si hæreditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.*

NOTÆ.

1. *Et sine frustratione*) Theoph. ἐπὶ ἀναβολῇ non moræ aut frustatoriæ dilationis causa. Reus frustrator non auditur.

Indulgendum est, In actionibus in personam quadrimestres inducæ condemnato jure publico indulgentur, *leg. ultim. Cod. de usur. rei vindic.* quod tamen non puto pertinere ad actiones depositi, commodati, aut similes, quibus certa species petitur, extra quam si reus damnatus sit in rei petitæ æstimationem: neque enim malitiis indulgendum est.

Eadem ratio pene) τὸ *pene* additum propter causam, quam modo dixi. Forte etiam, quia in actione in rem speciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis jure potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *leg. 20. §. 3. leg. 4. §. 1. dict. tit. leg. 1. & 2. Cod. eod.* Cujac.

Si prædo) *L. 25. §. 3. & seq. dict. tit. l. 22. Cod. de rei vind. l. 33. C. eod.* nec interest ab initio mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *l. 23. §. 1. l. 48. §. 1. de acquir. rer. domin. dict. leg. 25. §. 5. de hær. pet.*

Post inchoatam petitionem) *D. l. 22. C. de rei vind. l. 2. Cod. de fruct. & lit. exp. l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* Quoniam post motam controversiam omnes possessores pares sunt, *dict. leg. 25. §. 7. l. 10. Cod. de cond. temp. præscr.*

COMMENTARIUS.

1. *Tempus judicati indultum in actionibus in personam: & quid hic juris apud Batavos?*
2. *Qui possessores, quos fructus, quatenus restituere debeant, summatim.*

HOC §. agitur de officio judicis in actione in rem, tum singulari, seu rei vindicatione, tum universali, sive petitione hæreditatis: doceturque, officium illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus.

Ut rem ipsam restituant cum fructibus) Plenius dicendum erat, *ut rem petitam restituat cui omni causa*, id est, id omne, quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, *leg. Julianus*, 17. §. 1. *leg. præterea*, 20. *de rei vind.* Et porro si possessor restituere jussus arbitrio judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, qualis est rei vindicatio fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei*, 4æ. *de rei vind. leg. 5. l. 8. de in lit. jur.* Nonnunquam possessori ob contumaciam manu militari, seu per executores litium rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, *leg. qui restituere*, 68. *de rei vind.* quomodo apud nos semper procedi litur, *art. 172. Inst. Cur. Holland.* add. *not. sub. §. præterea*, 31. *supr. de act.* Postremo & victum victori in expensas litis condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, *leg. 13. §. sive autem 6. C. de jud.* de quo explicatius *tit. præced. sub §.*

Cum fructibus) Etiamsi expresse petiti non sint, *leg. ex diverso*, 35. §. *de rei vind.* idque vel ex eo satis intelligitur, quod officio judicis continetur, ut jubeat fructuum restitutionem fieri; judicis enim officio proprie id contineri dicitur, quod ei tacite suo jure permissum est; quamvis Prætor nullam ejus in formula mentionem fecerit, *leg. plane*, 38. *de hæred. petit. leg. si reus*, 73. *de proc. t. 9. l. 1. de furt. leg. qui per collusionem*, 39. §. 1. *de act. empt.* adde Mynsi. 4. *observ.* 45. Christin. *vol. 2. decis. 105. n. 2.* Vant. *de nullit. sent. ex defect. proc. n. 97.* ubi ait, petitionem fructuum tacite & virtualiter petitioni rei inesse. Dissent. D. Tuldenus *comm. hic. c. 9.* & D. Perez. *ad tit. C. de rei vind. n. 16.*

(1) *Sed si possessor*) Si possessor causerur, sed non posse in præsenti rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest judex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres inducæ indulgentur. *l. ult. C. de usur. rei jud.* Quippe res aliena, quam qui penes se habet facilius restitui potest, quam pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitæ

petitæ æstimationem. Apud nos locum quodammodo habent *inducæ* triginta dierum, quod spatium judicatis largiebatur lex duodecim tabularum, teste Aulo Gellio *lib.* 20, *cap.* 1. Idque adeo obtinere videtur in in utroque genere actionum: nam utique victor saltem tamdiu expectare, partim ex humanitate, partim ex necessitate juris debet, donec tempus appellationi constitutum præterierit; appellationi, inquam, tam interponendæ, quam introducendæ. Nam interponendæ appellationis decem dies, *auth. hodie*, C. *de appell.* introducendæ viginti apud nos constituti sunt: *Instruct. cur. Holland. art.* 198. & 206. Notat hoc Dom. Metul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *tit.* 7. *cap.* 1.

(2) *Eadem circa fructus*) Est tamen nonnihil differentiæ. Nam in singularum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur, *leg.* 4. §. 1. *fin. reg.* in petitione hæreditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, *l.* 25. §. 11. *de hær. pet.* In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *leg.* 20. §. 3. *l.* 30. §. 1. *d. tit.* quam ob causam forte mox addunt *To pœnæ*. Malæ autem fidei possessor fructus omnes, etiam qui consumpti sunt, una cum re restituere debet, *d. l.* 40. §. 1. *l.* 29. *Cod. de rei vind.* teneturque adeo non de perceptis tantum, sed etiam de iis, qui non percepti, honeste percipi potuerunt, *hoc text. l. fructus*, 33. *de rei vind.* Nec refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *leg. bonæ fidei*, 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* Denique possessores omnes post litem contestatam pares sunt, & tanquam malæ fidei possessores tenentur, *l. sed. etsi*, 25. §. *si ante* 7. *de hæred. pet. d. l.* 22. C. *de rei vind. l.* 2. C. *de fruct. & lit. expens.* Fusius hæc explicui *supr.* 35. *de rer. div. & lib. sel. q. c.* 25. *& seq.*

TEXTUS.

De actione ad exhibendum.

3. *Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, & eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id est, ejus quod post acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam intercesserit, rationem habere debet judex. Quod si neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat: idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restituturum. Quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea se exhibiturum caveat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.*

NOTÆ.

3. *Ut etiam rei causam*) Id est, commoda rei externa, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, utilitates admissæ, &c. *l.* 9. §. *pen. & ult. ad exhib.*

Usucapta sit) *dict. l.* 9. §. 5. Usucapio ex ratione juris veteris non interrumpitur litis contestatione, *leg.* 10. *leg.* 20. *de rei vind.* sicut præscriptiones temporum, *leg.* 1. *leg.* 2. *l.* 10. *Cod. de long. temp. præscr.* At hodie discrimen istud non obtinet, *leg.* 2. *leg.* 3. C. *de annal. exc.*

Sine frustratione) Id est, justa ex causa, *leg.* 5. §. *ult.* ubi & justæ causæ hujus generis indicantur, *leg.* 12. §. 4. *ad exhib.*

Ab initio res exhibita) Quod declaratur, *leg.* 9. §. *pen. & ult.* 10. *& seqq. eod.* atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in litem juraverit; alias quanti res vere est, *leg.* 3. §. 2. *dict. l.* 9. §. *ultim. leg.* 5. *de in lit. jur.*

COMMENTARIUS.

ACtio ad exhibendum præcursio quædam est, & præparatio actionis in rem de re mobili: nam & propter vindicationes potissimum introducta est, *leg.* 1. *ad exhib.* quamquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, *l.* 3. §. 1. §. *sciendum*, 9. *cum seqq. & passim eod. tit.* Est autem exhibere, rei in publico potestatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi sit copia, *l.* 2. *eod.* experiundi non actione ad exhibendum, qua jam satis actum est, sed principali, quam actor re exhibita exequi constituit, *leg.* 1. §. *quantum*, 5. *eod.*

Ut rei causam) Actione ad exhibendum damnatus non rem tantum, sed etiam causam rei exhibere debet. In re hæc sunt; ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit, cum petita est. Eadem res exhibita videtur, si exhibitum est idem corpus eadem specie, qua fuit tempore litis contestatæ, *dict. leg.* 9. §. 3. Quid si deterior facta? Ad exhibendum possessor absolvi debet. Cæterum si dolo aut culpa ejus deterior facta sit, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, *leg. si quis*, 17. *eod. l.* 7. C. *eod.* & ibi Sich. *num.* 5. 6. *seq.* Eodem jure, si re exhibita actori integra sit actio principalis, ut initio fuit, in nullo causa, quam intendit, læsa, *d. l.* 9. §. *quantum*, 5. *l.* 10. *& seq. eod.* Per causam rei significantur commoda rei externa, puta fœtus animalium, partus ancillarum, denique id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore res illi exhibita fuisset, *leg. cum fundus*, 31. *de reb. cred. l. præterea*, 20. §. *ei rei vind. & hoc text.* De quo mox plura.

Inter moras judicii res usucapta) *Leg.* 9. §. *proinde*, 6. *ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis contestationem usucapio naturaliter non interrumpitur, sed pendente etiam lite impleri potest, *l.* 18. *d. l.* 20. *de rei vind.* quamvis effectu juris victo possessori non prosit: quippe qui nihilominus rem restituere tenetur. Secus erat in præscriptione longi temporis: nam quia præscriptiones temporum factæ sunt, placebat eas per litis contestationem plane interrumpi, *leg.* 10. C. *de acquir. poss. l.* 1. *l.* 2. *l.* 10. C. *de long. temp. præs.* Sed hodie hæc differentia non obtinet, *l.* 2. *& l.* 3. C. *de annal. exc.* vid. *supr. de usur.* §. *diutina*, 12.

Fructuum medii temporis) Commoda quoque rei externa, puta fœtus animalium, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc judicio veniunt. *d. l.* 9. §. *pen.* Quod tamen haud dubie sic accipiendum, si possessor hac actione victus de re ipsa porro contendere judicio directo supersederit; cum Accursio in *dict.* §. *pen.* ubi recte monet, eodem modo accipiendos esse locos omnes, qui de restitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipsam restituere non debet, utique nec accessiones debet. Posse autem hanc actionem

nem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litii tendit; ita tamen ut judex non una cognitione utramque expediat, sed prius cognoscat & pronuntiet de præparatoria, docent Oldend. *Class.* 3. *act.* 1. *q.* 7. Sich. *in rubr. C. ad exhib. num.* 8.

Tempus exhibendi causa petat) Si possessor in præsentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex causa tempus a judice indulgetur, nempe petenti sine fraudatione, & cautionem offerenti de re, cum poterit, exhibenda. Causæ hujus generis indicantur, *leg.* 5. §. *ult. ad exhib.*

Quod si neque statim) Si possessor exhibere jussus, neque exhibeat, neque se exhibiturum caveat, placet, eum condemnandum esse in id, quod actoris interest, hoc est, in id omne, quod vel habere potuit, si res ab initio exhibita fuisset. Quod declaratur *dict. leg.* 9. §. *penult. & ultim. leg.* 10. *& seq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis æstimatio: adversus contumacem, quanti actor, utique qui jure dominii exhiberi desiderat, in litem juraverit; adversus cæteros, quanti res vere est, *leg.* 3. §. 2. *dict. leg.* 9. §. *ultim. eod. l.* 5. *de in lit. juv.* Usus hujus actionis hodie rarior est. De quo Christin. *volum.* 2. *decis.* 191. *num.* 3.

TEXTUS.

Familiæ erciscundæ.

4. Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis hæredibus adjudicare debet; & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohæredi certa pecunia (sicut jam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi perceperit, aut rem hæreditatam corruperit, aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quam duos cohæredes subsequuntur.

NOTÆ.

4. *Aut rem hæreditariam corruperit*) Vel quod cohæredes in rem communem necessarias impensas fecerit: quæ sunt hujus judicii præstationes personales, de quibus dictum *supr.* §. 3. *de oblig. quasc. ex contr.*

COMMENTARIUS.

TRitum est, sententiam debere respondere petitioni, & conformem esse libello: quod a jure non abhorret, si sane accipiatur. Neque enim extra fines petitionis vagari sententia debet, aut condemnatio in rem aliam fieri, quam quæ in judicium deducta est, cujus judicatio judici permissa, *leg. ut fundus*, 18. *comm. div. l. ult. C. de fideicom. liber.* Gail. 1. *obs.* 66. Schneid. *in* §. *cuaare*, 32. *sup. de action. num.* 4. Sed tamen in duplicibus judiciis id non usquequaque observatur, ut intelligamus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus, quæ in his judiciis permissæ.

Singulas res singulis hæredibus) Judicium familiæ erciscundæ duo continet, rerum hæreditariarum divisionem, & quasdam præstationes personales, quibus scilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius est. In rerum divisione hæc observare judex familiæ erciscundæ debet, ut res singulas singulis hæredibus adjudicet, ut hic ait Justinianus. Quod tamen non ita accipiendum, quasi semper & necessario hæc ratio divisionis inearur; nam si fundi hæreditarii commode per regiones dividi possunt, nihil impedit, quo minus ita dividantur: sed quoniam in plerisque rebus hæc divisio commodissima est.

Debet huic invicem) Cum impar adjudicatio est, is, cujus pars præponderat, vicissim incertam pecuniam consorti damnandus est, ut æqualitas per omnia conservetur, *leg. Mævius*, 52. §. 2. *l. si familiæ*, 55. *fam. mil. ercisc.*

Eo quoque nomine) Hæres cohæredi eo quoque nomine judicio familiæ erciscundæ condemnandus est, quod solus fructus fundi hæreditarii perceperit, vel rem hæreditariam corruperit, consumpserit, vel quod cohæres in rem communem impensas fecerit, quas propter partem suam necesse habuit facere, *leg. & puto*, 16. §. *penult. leg. his consequenter*: 18. §. 3. *l. hæredes*, 25. §. *si unus*, 15. §. *item culpæ*, 18. §. *inter cohæredes*, 44. *quod ex facto*, 5. *fam. ercisc.* Atque hæ sunt hujus præjudicii præstationes personales, de quibus fusius alibi explicatum est, *supr. de oblig. quæ quæ quasi ex cont.* §. *supr. de act.* §. *quædam*, 20.

TEXTUS.

Communi dividundo.

5. Eadem interveniunt, etsi communi dividundo de pluribus rebus actum sit. Quod si de una re, veluti de fundo: si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet, & si unius pars prægravare videtur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, vel si homo forte, aut mulus erit, de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, & is invicem alterius pecunia condemnandus est.

NOTÆ.

3. *Partes ejus singulis*) Si divisio prædii sine cujusquam injuria commode fieri possit, cuique sua portio certis finibus adjudicanda, *l.* 1. *C. com. div.*

Veluti si homo) Horom. Theoph. *vel si homo*, quod magis placet. Ut si sensus, si res aut non commode, aut non omnino partes pro diviso recipiat, veluti si agatur de servo, aut jumento, totam uni adjudicandum, eumque alteri certa pecunia condemnandum, *l.* 3. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

JUdicium communi dividundo, ut sine eodem, ita iisdem rebus constat, quibus judicium familiæ erciscundæ, rerum scilicet communium divisione, & iisdem præstationibus personalibus, *l.* 3. *commun. divid.* Atque hinc & in divisione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua, & in præstationibus personalibus, idem in hoc quoque judicio observatur, *dict. l.* 3. *l.* 6. §. *& seqq. eod.*

Quod de una re) Cum de re una dividenda agitur, siquidem ea commode dividi potest, veluti fundus per regiones, singulæ singulis portiones adjudicandæ, & si cujus portio major esse videbitur, is vicissim socio in certam pecuniam condemnandus, *leg.* 1. *C. comm. dit.* Quod si res partes pro diviso non recipiat, veluti si

agatur

agatur de servo aut equo, aut non commode recipiat, tota uni adjudicanda est, & is alteri certa pecunia damnandus, *leg. 3. C. eod. tit.*

TEXTUS.

Finium regundorum.

6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit, verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur: veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

NOTÆ.

6. Furatus est) Vel terminos ejecit, locoque movit, aut exaravit. Et potest judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. §. 1. eod.*

Contumaciæ quoque nomine) *Dict. leg. 4. §. 3.* Condemnabitur autem contumax in id, quod adversarii interest. Nam mulctam irrogare magistratus est, non pedanei judicis.

COMMENTARIUS.

JUdicium finium regendorum rarius admittit adjudicationes & condemnationes mutuas quam judicia superiora: quia in judicio finium regundorum de agris tantum & fundis agitur, qui facile per regiones dividi possunt. Deinde quia apud judicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur: sed de re, quam quisque suam esse contendit, ut finibus ad normam suam redactis, quod quisque intra fines istos habet, id totum retineat: si quid amplius, id vicino restituatur, *leg. 4. princ. leg. 8. pr. & §. 1. fin. reg.* quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vindicatione esse, *leg. 1. eod.*

Uno casu necessaria) Si de finibus constet per evidentes & manifestos limites, judicis officium est eos custodiri. Si turbati sunt, aut obscurati, ita tamen ut eorum vetera vestigia appareant, a judice renovandi & evidentius distinguendi sunt, *leg. 3. de term. mot. cap. ex litteris 3. tit. de probat.* Quod si nulla veterum finium vestigia appareant, nec probari possint, novi fines ex consilio agrimensorum constituendi, *l. 2. §. 1. l. 3. l. 8. fin. reg. l. 3. Cod. eod. Mynſ. 6. observ. 27.* Uno autem casu permittitur adjudicatio, si videlicet fines recte dirigi non possunt, vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem: & ideo aliis finibus evidentioribus agrum distingui expediat. Nam cum hic necesse sit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adjici, res transigenda adjudicatione & condemnatione *d. l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. eod.* De probatione finium adeundi Hieron. de Monte *tract. fin. reg. cap. 50. & seqq.* Mynſ. *6. observ. 25.* Wesemb. *per hoc tit. num. 7.* Christin. *vol. 2. decis. 183. num. 5. & seq.*

Evidentioribus finibus) Quippe publice interest, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Ovid. 2. *Fastor. v. 660.* de Deo Termino:

Omnis erit sine te litigiosus ager.

Circa fines aliquid malitiose) Duo hic ait Justinianus; primum, eum quoque hoc judicio condemnandum, qui quid malitiose circa fines admisit, puta lapides finales furatus est, arbores finales excidit; deinde hoc eodem judicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti si quis mensorem missum ad declarandos terminos metiri agrum non patiatur. Solent enim judices in lite finium dirimenda uti arte & opera agrimensorum, *l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod.* Hieron. de Monte *d. tr. c. 31. & seq.* Mynſ. *6. observ. 27.* Christin. *vol. 2. dec. 184. & seq* Quod de contumacia hic dicitur, idem traditur apud Ulp. *l. 4. §. 3. eod.* In quid igitur comdemnabitur contumax? In id scilicet, quod adversarii interest. Nam mulctam irrogare, quæ pœna esse solet contumaciæ, non pedanei juris, sed magistratus est. De delictis admissis citra fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali excisa, judicium criminale constitutum est de termino moto, *tit. de term. mot.* Et potest quidem judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. §. si dicantur 4. fin. reg.* Sed e converso judex, qui cognoscere cœpit de finibus, non poterit cognoscere de crimine, & delinquentem extra ordinem coercere: juxta *l. 5. & l. 3. de term. mot.* Neque ea mens Justiniani est, sed hæc, delinquentem etiam hujus admissi nomine a judice finium regundorum civiliter adversario suo condemnandum esse quanti is sua interesse jurave-

rit: vel etiam, ut quod pendente quæstione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de suo agro reddat, *l. 4. Cod. fin. reg.* Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominus adhuc criminaliter atque extra ordinem agi possit de termino moto. Hieron. de Monte *d. tract. c. 34. & seq.* D. Tulden. *comm. hic cap. 6.*

Lapides finales) Sive terminales, qui & grumi: οἱ ἄκρως ὕψει λίθοι οἱ διορίζοντες τὰς ὄρους λίθοι, qui fines & terminos distinguunt.

TEXTUS.

De Adjudicatione.

7. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus sit, cui adjudicandum est.

NOTÆ.

7. Ejus sit, cui adjudicatum) Adjudicatio modus est acquirendi dominii jure Quiritium. Ulp. *tit. 19. §. 15.* Quod si per errorem de fundo alieno quasi de communi actum, & ex adjudicatione possidere cœpero, procedit mihi usucapio, *l. 17. de usur.*

COMMENTARIUS.

QUod in tribus istis judiciis familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regendorum, uni ex cohæredibus, sociis aut vicinis adjudicandum est, id

isti

illi statim acquiritur, ut hic scribit Justinianus, & diserte quoque testatur Ulpianus in frag. tit. 19. §. *adjudicatione* 15. Quæ res magni erroris causam præbuit Interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgo solent, ex sententia judicis dominium transferri, quod a veritate abest quam longissime; neque aliunde apertius hic error convincitur, quam ex hoc ipso & d. Ulpiani loco. Nam cum tam Imperator quam Jurisconsultus scribat, in tribus istis judiciis quod adjudicatum fuerit, statim ejus fieri, cui adjudicatum est, hoc ipso satis uterque significat, in aliis judiciis non idem juris esse, neque eam esse auctoritatem cujusvis sententiæ judicis, ut dominium in alium transferat. Quid enim haberent speciale tria ista judicia, si idem jus esset in omnibus cæteris? Sed neque existimandum est, in istis tribus vi & potestate sententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur, sed totum hoc pendet a potestate adjudicationis, quam lex 12. Tabularum unum esse voluit ex modis acquirendi dominii jure Quiritium relatis apud Ulp. *d. tit.* 19. cum vero extra ista judicia, adjudicationi locus non sit, sequitur, nec in aliis judiciis dominium per sententiam transferri. De quo late Ant. Fab. *dec.* 98. *err.* 7. *& seqq.* VINN. Qui vulgaris error etiam eo argumento profligatur, quod si dominium ex sententia judicis transferretur semper, necessario actionem judicati oporteret esse realem, quia rem suam extra condictionem furtivam nemo condicit, §. 14. *Instit. de act. leg. ult. ff. usufr. quemadm. cav.* Atqui personalem eam actionem esse inter omnes constat. HEIN.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. *Tit.* 1.

Ratio hujus tractationis.

ABsoluta pro modo instituti operis ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privati, attexit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publice, ea videlicet illius juris parte, quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quamquam parce dedit, indicatis tantum fontibus, unde plura haurire liceat: nec largius dare debuit, quia est præter institutum, & veluit quidam excessus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda solito erimus breviores; maxime cum jam commentarii nostri in satis magnam molem excreverint.

TEXTUS.

De differentia a privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti sumus; magnaque diversitas eorum est & in instituendo & in exercendo.

NOTÆ.

Neque per actiones ordinantur) Id est, non constituuntur & exercentur per actiones ordinarias, sicut judicia privata.

Magna diversitas & in instituendo) De veteri ordine exercendorum judiciorum publicorum, Car. Sigon. *lib. sign.* Nic. Gruch. 1. *de com. Rom. cap.* 2. Brisson. 2. *select. Ant. cap.* 1. Postea extra ordinem exerceri cœperunt, durante tamen legum pœna, *l.* 8. *de publ. jud. l.* 1. §. *ult. l.* 13. *de pœn.* & in crimen subscriptione, *l.* 3. §. 2. *de accus. l. ult. C. eod.* Cujac. 8. *observ.* 33.

COMMENTARIUS

JUdicia privata quomodo constituantur & exerceantur, intelligi potest ex iis, quæ dixi sub *princ. & §.* 1. *de act.* Publicorum judiciorum exercendorum longe alia ratio est, & longe alia hæc etiam apud veteres fuit, quam tempore mediæ Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi Carol. Sigon. *lib. singul.* Nicol. Gruch. *lib.* 1. *de comit. Rom. cap.* 3. Bam. Brisson. *lib.* 2. *sect. antiq. cap.* 1. qui de eo ex professo scripserunt. Postea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum insusu esse desiit, & de criminibus publicis extra ordinem Præfecti vel Præsides cognoscere cœperunt, durante tamen pœna legum, *l.* 8 *de public. jud. l. in Senatusconsultum* 15. §. *ad. Sc. Turp. l.* 2. §. *ult. l. hodie* 13. *de pœn.* Illud etiam mansit, ut is, qui accusare paratus est, ad eum cui judicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi postulet, & qua lege eum reum faciat, profiteatur: deinde & in crimen subscribat, id est, Interprete Ulp. *l.* 3. §. 2. *de accusat.* libello subscribat, se professum esse: quæ res similitudine supplicii eum obstringit, *l. ult. C. d. tit. l. ult. C. de calumn.*

TEXTUS.

Etymologia.

1. *Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo exsecutio eorum plerumque datur.*

NOTÆ.

1. *Quod cuivis ex populo*) Exceptis iis, quibus hæc potestas jure publico adempta, *l.* 43. §. 10. *de rit. nupt.* junct. *leg.* 8. *leg.* 19. *& seqq. de accus.* Addendum, & quia causæ sunt publicæ. Nam & popularis actio publica dicitur, eo quod cuivis e populo patet; privata tamen est respectu causæ, *leg.* 30. §. 3. *de jurejur.* junct. *tit. pop. act.*

COMMENTARIUS.

1 *Libertatem accusandi hodie sublatam.*
2 *Criminalia judicia nunc omnia publica facta.*

CUivis *ex populo*) D. Hotomannus contra ideo hæc judicia publica dici existimat, quia causæ publicæ sunt, quæ æque & universæ ad omnes pertineant. Sane si ratio quæritur, cur hæc potissimum judicia publica facta sint, eorumque persecutio cuivis e populo permis-

permissa, probabile est, id ex eo natum, quod in his judiciis agitur de delictis, quæ maxime ad læsionem & turbationem status publici pertinent, Duar. *l. 1. disp. 37* Charond. *3. verisimil cap. ult.* add. Cujac. *7. observ. 33.* Bene Chrysostomus *Homil. ad Antioch.* Καὶ ἐστι τὸ ἀδίκημα, ἔνιοτε τὸ ἀδίκημα, ἐξ ἴσου ἑκάστα τῶν βουλευμάτων κατηγορεῖ.

Plerumque) Pro *fere* dixit illud significans, quod Ulpian. *l. palam 42. §. Senatus 10. de ritu nupt.* scribit, publico judicio, cuivis ex populo experiri licere, nisi si cui lege aliqua accusandi publico judicio non est potestas. Intelligit autem eos, qui enumerantur, *l. 8. l. 9. & seq. de accus.* Hodie hæc libertas accusandi sublata est, neque amplius quilibet e populo ad accusationem admittitur, sed soli advocati procuratoresve fisci aut Balivi jus accusandi & crimina persequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici judicant rectius constitutum esse ad retinendam civium inter se concordiam. Nam nullus privatus civis potest accusatoris personam sibi sumere absque maxima invidia & odio ejus, cui diem dixerit, ex qua re facile seditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclare vitatum est, universo hoc accusandi munere demandato publicæ alicui personæ. Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur; nam videmus in omnibus fere criminibus nunc per inquisitionem procedi, quæ non videtur publicorum judiciorum & accusantibus procuratoribus fisci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. Clar. *lib. 5. §. n. 6.* idem de jure canonico affirmat ex *Gloss. in cap. infames 6. quæst. 1*

TEXTUS.

Divisio.

2. *Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.*

NOTÆ.

2. *Ultimo supplicio*) Ultimum supplicium mortem solam interpretamur, *l. 61. de pœn.*

Cum damno pecuniario) Aut in corpus aliqua coercitione, *d. l. 2. hoc tit.* Exempla sunt in *§. 4. & §. 8. infr. eodem.*

COMMENTARIUS.

CApitalia *dicimus*) Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias existimationem significet, *leg. licet 193. de verb. signific.* in hoc tamen argumento capitis verbo tantum vita, civitas, & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte afficit, vel de civitate tollit, servitute, exilio, sive deportatione, ea capitalia recte nominantur, *l. 2. hoc tit.* Ultimum autem supplicium esse mortem solam interpretamur, *l. ult. 21. de pœn.* Sane interdum etiam nostri id solum capitale vocant, cujus non alia pœna quam mors est; sed κατ' ἐξοχὴν, *l. 6. de pœn. leg. transigere 18. C. de transact.* Qui gradus sint capitalium criminum, docet *l. capitalium 28. de pœn.*

Infamiam cum damno pecuniario) Tale judicii publici non capitalis exemplum est in *§. 4.* & item in *§. item lex Julia 8. §. inf. eod.* Interdum & in corpus aliqua coercitio pœna est, *d. l. 2. h. t. in fin.* Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

TEXTUS.

Exempla de læsa Majestate.

3. *Publica autem judicia hæc sunt: Lex Julia majestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. Cujus pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.*

NOTÆ.

3. *Animæ amissionem*) Ψυχῆς ἀπό. *Anima* pro *vita*. Sallust. *Catil. cap. 20. Libertas & anima nostra in dubio est.*

Memoria rei post mortem damnatur) Rei scilicet perduellionis, qui quid hostili animo adversus rempublicam vel Principem machinatus est; secus est, si quis ex alia causa majestatis reus sit, *leg. ultim. cod. leg. 24. de pœn.*

COMMENTARIUS.

1 *Quadruplex differentia inter crimen perduellionis, & majestatis in specie.*

2 *Specialia circa pœnam hujus criminis.*

DE solo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ majestatis: unum perduellionis, quod est crimen imminutæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, puta si quis hostili animo quid machinetur adversus Principem aut rempublicam: alterum, quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus sit. Utriusque exempla suppeditat *l. 1. cum 4. leg. seq. ad leg. Jul. majest.* (1) Quadruplicem autem inter majestatis & perduellionis crimina differentiam notat Dom. Hotomanus. Prima est, quod majestatis crimine tenentur ii, qui vel partem aliquam reipub. læserunt; veluti si quis duces hostium accepta pecunia liberavit, aut privatus duces hostium domi suæ occultavit, (quod tamen merito perduellioni adscribendum putavit vir Clariss. Anton. Matth. *de casu majest. c. 2. num. 3. lib. de crim.*) aut si quis magistratui pro officio suo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui summam reipubl. labefactare conati sunt. Altera differentia est, quod majestatis crimen in foro apud suum Prætorem tribunali judicio certa lege constituto agebatur, ut ex *Verrin. 3. & 7.* cognoscitur, Perduellio vero primis quidem temporibus a Duumviris data opera crearis; post autem a Populo Romano Comitiis centuriatis in campo Martio cognoscebatur, ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo constat. Et Livius *l. 6.* de Manlio Capitolino regnum affectante refert: Duumviros, qui de perduellione inquirerent, creatos. Tertia, quod majestatis crimen non morte, sed exilio

exilio mulctabatur, *l. eorum* 24. *de pœn.* perduellionis vero damnatus, in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex *rad. orat.* Cicer. & ex Dione *leg.* 37. cognoscitur. Quartam differentiam Ulpian. ostendit, *l. ult. ad leg. Juliam majest.* ubi ait, majestatis imminutæ crimen rei morte obliterari: perduellionis autem memoriam etiam post mortem damnari. Hodie hoc discrimen appellationis non ita stricte observatur: sed omnes, qui adversus principem aut statum reipublicæ quibuscumque modis aliquid moliuntur, promiscue rei majestatis dicuntur, & omnium eadem est pœna, nimirum capitis. Mynsi. *hic num. 5. & 6.*

Et memoria rei) Multa circa pœnam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quæ passim ab aliis congeruntur. Unum illud est, quod mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inchoari & peragi possit, damnataque rei memoria bona fisco vindicentur, *l. ult. ad leg. Jul. majestat. l. ult. C. eod. l. antepenult. de accusat.* cum regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate extinguatur. Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris, qua effectus punitur, *l. 5. Cod. eod.* & conscii, qua auctores ipsi, *l. 3. Cod.* Illud autem durum & crudele videtur, quod ob paternum crimen etiam liberi plectantur, perpetua nimirum egestate & infamia, *d. l. 5. C. eod.* Sane legi divinæ & veræ justitiæ hoc repugnat, per *cap. 14. l. 2. Reg. & c. 25. l. 2. Chronic.* nec omnino temere est, quod D. Budæus in *annot. in tit. ff. ad leg. Jul. majestat.* existimat, auctores, *d. l. 5.* Arcadium & Honorium pœnitentia postea ductos promulgasse sanctissimam illam constitutionem, quæ extat in *leg. sancimus* 22. *C. de pœn.* add. Pat. Fab. 3. *Semestr.* 8. Covar. 2. *resol.* 8. & Nui vai D. Anton. Matth. *de criminib. ad tit. ff. ad leg. Jul. majest. cap.* 3. *num.* 10. VINN. Immo add. legem intelligendam præ cæteris facit singularis Jac. Gothofredi commentarius, cui jungendus luculentus, collegæ olim conjunctissimi, Nic. Hieronymi Gundlingii Commentarius *de Crimine majestatis*, ubi & de usu dirissimæ legis multa haud proletaria occurrunt. HEIN.

TEXTUS.

De adulteriis.

4. *Item lex Julia de adulteriis coërcendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Pœnam autem eadem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum: si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter stuprum, & adulterium quid intersit?*

ADulterium est alieni tori violatio, sive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantum committitur, *l. 6. §. 1. l. stuprum* 34. §. 1. *hoc titul. ad leg. Jul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. inter stuprum* 101. *de verb. signif.* & hoc textu adulteri παρανυμφοι dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc a sacra Scriptura veteris testamenti abhorrere quidam existimant, Per text. *Levit.* 20. *vers.* 10. *Deuter.* 22. 22. *Genes.* 23. Jure autem Canonico coadulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut conjugatus cum conjugata, *can. nemo* 34. *quæst.* 4. *canon. non mæchaberis* 15. *can. præcepit* 19. *cum seqq. q.* 5. & hanc sententiam omnes fere Theologi amplectuntur, per textum *Matth.* 19. *Marc.* 10. *Lucæ* 16. 18.

Gladio punit) Hæc pœna non est ex lege Julia, sed ex *leg. quamvis* 30. *C. hoc tit.* Quæ Constantini est. Pœna autem legis Juliæ relegatio fuit, ut constat ex Tacito *lib.* 1. 2. & 3. *annal.* & non obscura probat *l.* 5. *de quæst.* Certe capitalem non fuisse, arguunt, *l.* 16. *de divort. l.* 11. *hoc tit. l.* 14. *de testib. l.* 13. *de his quæ ut indign.* & ipse Justinianus hanc pœnam Constantino tribuit *Nov.* 134. *cap.* 10. D. August. *lib.* 3. *de civit. Dei* diserte scribit, Romanos adulteras fœminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte mulctasse. Ut dubitandum non sit, quin *l. transigere* 18. *Cod. de transact.* & *l.* 9. *Cod. hoc titul.* interpolatæ sint a Triboniano. Cæterum adscribitur legi Juliæ etiam ea pœna, quæ postea sancita est, quia ea lex primum de crimine & pœna adulterii serio & plene caverat. Legibus Mosaicis adulterium item capitale est, & tam mœchus, quam adultera morte puniuntur, *Levit.* 20. *Deuter.* 22. 22. Apud nos qua pœna adulteri afficiantur, disces ex *Ordin. Polit. artic.* 15. *& seqq.* add. Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

Cum masculis nefandam libidinem) *Leg. cum viv.* 31. *C. hoc tit.* quæ est Constantii & Constantis. Præposteræ Veneris seu παιδεραστίας, & Sodomiticæ turpitudinis pœna nunc fere concrematio est. Damhoud. *prax. crimin. cap.* 96. Clar. §. *Sodomia num.* 4. Gudelin. *de jur. nov. leg.* 5. *cap.* 18.

Stupri flagitium) Lege Julia non modo de adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, *l.* 6. §. 1. *hoc titul.* ubi Papinianus ait, legem stuprum & adulterium promiscue appellare: sed proprie adulterium in nuptam committi; stuprum vero in viduam virginemve, quo Græci φθορὰν appellant: & ita quoque fere Modestinus in *leg. inter stuprum* 101. *de verbor. significat.* Idem Modestinus in *leg. stuprum* 34. §. 1. *hoc tit.* adulterium in nupta admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus *dict. leg.* 6. §. 1. & Modestinus *d. l. inter stuprum* 101. ajunt, legem Juliam promiscue & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum est, quemadmodum accepit D. Hotomannus, quasi & verbum adulterii extra conjugatos usurpatum esset: sed quod stupri nomine etiam adulterium notatum: nimirum stuprum & generis nomen est, & speciei: quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur: quod in virginem, viduam, puerum, generis nomen retinuit, & stuprum proprie dictum est.

Honeste viventem) Σωφρονα. Nam consuetudo cum ea, quæ corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex πορνεια, sive fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur, *l.* 22. *Cod. hoc tit.* Pro stupro quoque non habebatur, consuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permissus erat. Et hoc est, quod Modestinus scribit, stuprum committere, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii, secum habet, excepta concubina, *leg. stuprum*, 34. *princ. hoc. t. fac. l.* 3. *princ. de concub.*

Stupratoribus si honesti sunt) Stupri damnatus, si hone-

honestæ existimationis fuit, dimidia parte bonorum mulctatur: si turpis, verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud, quod de honestis aut humilibus hic dicitur, propter *l. 7. Cod. de incest. nupt.* Lex Attica stupratorem ita mulctabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret; Lex Mosaica, ut & duceret & dotaret. *Deut.* 22. 29.

TEXTUS.

De Sicariis.

5. *Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro prosequitur, vel eos, qui homines occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajus noster ex interpretatione legum duodecim Tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, sed & nunc omne significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, a Græca voce* ὑπὸ τοῦ βάλλεσθαι *figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi* βέλος *appellant,* ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. *Admonet nos Xenophon, nam ita scribit;* ἡ γὰρ βέλη ὑμῖν ἐφίστω, τοξεύματα, σφενδόναι, πυκνοὶ δὲ οἱ λίθοι *Sicarii autem appellantur a sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis homines occiderint; vel mala medicamenta publice vendiderint.*

NOTÆ.

6. *Ultore ferro*) Scriptum hoc a Triboniano accommodate ad sui temporis rationem; & exigit hoc lex divina, *Exod.* 21. 12. *Lev.* 24. 17. Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit & bonorum omnium ademptio: quamquam postea humiliores capite puniti, *l.* 3. *pen. l. pen. hoc tot.*

Admonet nos Xenophon) Ita recte legitur, ut & in *d. l.* 233. §. 2. *de verb. sign.* unde hic locus descriptus est. Theoph. τοῦτο δὲ μάρτυς Ξενοφῶν ἐπαγγελόμενος. Denique subjecta verba Xenophontis esse agnoscuntur ex *lib.* 5. εἰ μὴ βούλει. Haloander in *Xerolopho.* Ξηρόλοφος locus erat celeberrimus urbis Constantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gill. *lib.* 4. *de Topograph. Constantinop. cap.* 1.

A sica) Romani, teste Suida, πὶ ἀπηκαμπῆ ξίφη, *incurvos gladios* sicas appellant. Per abusionem tamen sicarios omnes vocamus, qui cædem telo quocumque commiserunt. Quintil. *lib.* 10. *capit.* 1.

Susurris magicis) Incantationibus, γοητείαις, *Lev.* 115. *cap.* 4. quod referenda illa legis duodecim Tab. *Qui malum carmen incantassit. Qui fruges exantassit*, &c. Vid. Plin. *lib.* 28. *cap.* 2. Augustin. § *de Civ. Dei* 19.

COMMENTARIUS.

JUstinianus hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de sicariis: ut superiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum ademptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modestini, honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id est, morte: humiliores etiam bestiis subjiciebantur, *l.* 3. §. *pen. in fin. l. pen. hoc tit. ad leg. Corn. de sicar.* Paul. 5. *sentent.* 22.

Ultore ferro) Scriptum hoc a Triboniano accommodate ad sui temporis rationem: nam pœna capitis jam tum indistincte homicidæ puniebantur: quæ pœna hodieque manet: quod eam exigat lex divina. *Exod.* 21. 12. *Levit.* 24. 17.

Qui hominis occidendi causa) Lege Cornelia de sicariis non tantum homicidæ, sed etiam qui hominis occidendi causa cum telo fuerint, tenentur, *leg.* 1. *princ. eod.* Existimare licet, Cornelium Syllam hanc legem tulisse post sævissimam civium proscriptionem, atque ut tandem finem imponeret cædibus, quæ tum passim impunitæ, gravitate pœnæ etiam a conatu homines deterrere voluisse. Hodie generali consuetudine huic parti legis derogatum est, nec jam conatus aut delictum non consummatum amplius pœna legis ordinaria plectitur, teste Claro *lib.* 5. §. *ult. quæst.* 29. Ant Matth. *de crim. cap.* 3. *num.* 10. *& seq ff. h. t.* Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *defin.* 11.

Telum autem) Hic locus descriptus est ex Cajo *l. si calvitur*, 233. §. v. *de verb. signif.* & est satis planus. Cæterum non dubito, quin lex Cornelia teli appellatione etiam gladium & vel maxime intellexerit: quamvis propria teli significatio, quæ hic indicatur, gladio non conveniat.

A sica quod significat ferrum) Romani, teste Suida, πὶ ἀπηκαμπῆ ξίφη, incurvos gladios, sicas vocant. Erat autem sica genus gladii brevioris, Persici fere acinacis magnitudine, ut commode sub vestibus occultari potuerit: quod ex Josepho, *lib.* 1. *Antiq.* discimus. Per abusionem autem omnes sicarios vocaverunt, qui cædem telo quocumque commisissent, auctore Fab. *lib.* 10. *cap.* 1.

Venefici) Venefici dicuntur & qui veneno homines occidunt, & quod plus est, quam occidere gladio, *l.* 1. *C. de malef.* & qui artibus, sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis: ad cujusmodi susurros referenda illa legis 12. Tabularum: *Qui malum carmen incantassit: Qui fruges excantassit. Neve alienam segetem pellexerit.* Item illud Virgilii, *Egl.* 8. *v.* 99.

Atque satas alio vidi traducere messes.

& id genus alia, quæ superstitio mortalium vi magici carminis effici posse credidit: vid. *l.* 4. *& l.* 7. *Cod. de malefic.* Plin. *lib.* 28. *cap.* 2. August. *lib.* 8. *de Civ. Dei c.* 19. Sed verissime Seneca *lib.* 4. *nat. quæst.* 7. *Rudis*, inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus, & repelli; quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius philosophi schola intranda sit.* Ego sane sic persuasum habeo, multa nimis temere credi, & veneficis sagisve falso affingi; multa per tormenta exprimi, quorum nihil unquam factum, atque incantationum prætextu plerumque homines insontes ignibus tradi; quo supplicii genere pridem sagæ affici cœperunt, Extat memorabile arrestum Senatus Parisiensis pro Valdensibus Atrebatensibus, *les Vaudois d' Arras*, edictum 20. *die Maii* 1491. quo amplissimus ordo testatur, nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras sycophantias. VINN. Egregium Vinnii testimonium, quod illos merito dare deberet in ruborem, qui etiamnum hujusmodi anilibus fabellis oblectantur. Errorem hunc vulgarem mascule in Germania oppugnavit Vir celeberrimus Christianus Thomasius in variis scriptis *de crine magiæ*, quæ quamvis bilem multis moverint, tamen tantam attulerunt uti-

utilitatem, ut iis locis, ubi antea frequentes rogi accendebantur, hodie vix fagarum nomen in foris audiatur. HEIN.

TEXTUS.

De parcidiis.

6. *Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut si quis parentis aut filii, aut omnino affectionis ejusque nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit, sive clam, sive palam id ausus fuerit, nec non is cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis exstitit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli solemni pœnæ subjiciatur, sed insutus culeo cum cane & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eos ferales angustias comprehensus (secundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur: ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & ei cœlum superstiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.*

NOTÆ.

Asperrimum crimen) Nefas ultimum vocat Seneca 1. *de Clem.* 23.

Neque gladio) Legis tamen Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit, nisi quod hæc etiam conscios sceleris puniret, *l.* 1. *l.* 6. *eod.*

Insutus culeo, &c.) *d. l. un? C. de his, qui par. vel lib. occid.* Prius tamen virgis sanguineis cæsus, *l. pen. eod.* De pœna colei Cicer. *in ea pro Sexto Roscio*. Sen. 1. *de clem.* 15. Juven. *satyr.* 2. Etiam aliud supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. 5. *sentent.* 24.

COMMENTARIUS.

Hic quoque idem fere accidit quod superius, nimirum ut pœna culei adscribatur legi Pompejæ, quæ tamen, moribus majorum instituta est, *l.* 9. *princ. h. t. de l. Pomp. de parric.* adeoque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Cicer. *pro Rosc. Amerin.* constat, atque in eum tantum, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: si quis alios occiderit, pœna legis Corneliæ de sicariis plectitur, *l.* 1. *d. l. pen.* §. 1. *h. t.* Constantinus & filios adjecit, *l. un. Cod. de his qui par. vel lib. occid.* quo & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter personas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas personas coerceret, & quod hæ etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, *l.* 6. *eod.* & *hoc text.*

De parricidiis) Parricida proprie dicitur teste Charisio *lib.* 4. qui patrem occidit, quasi patricida, aut per syncopen quasi parenticida. Sæpe tamen idem verbum pro quavis αἰσχρᾷ πράξει, Romani usurpant: quod & Plutarchus *in Romulo* observavit. Sic quæstores parricidii, appellati quæstores rerum capitalium: & clausula, *Parricida esto*, in omni re capitali ponebatur. Cic. 2. *de leg.* c. 9. *Sacrum, sacrove commendatum qui olepserit rapsitve, parricida esto*, id est, *capital esto*. Sed fortassis hic consuetudo scribendi R geminavit, cum unico scribendum fuerit: de quo ita Festus in verb. *Parici quæstores*. *Parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem*, in quam rem citat lege Numæ his verbis compositam; *Si quis hominem liberum dolo sciens morti dedit, parricida esto.*

Aut affectionis) Ita omnino legendum, non ut vulgo *affinitatis*, per *l. un. C. h. t.* & *l. un C. Theod. eod.* Nam qui socerum, socrum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit, etsi ultimo supplicio, non tamen acerrima culei pœna afficitur, *l. pen. eod.* & *hoc text. in fin.*

Sed insutus culeo cum cane, &c. Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus ac mox culeo insutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cic. *in ea pro Sext. Rosc. c.* 11. de culeo solo loquitur, sed Sen. *l.* 1. *de clem. c.* 5. etiam serpentis meminit: Juvenalis serpentis item & simiæ, *sat.* 8. Verisimile est Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit; modestinus a Triboniano interpolatus, mori majorum, *d. l. pen. princ. hoc tit.* Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. *lib.* 6. *sent.* 15. ut parricida vel vivus combureretur, vel bestiis objiceretur. Pœna culei hodie in usu esse desiit. Ant. Mat. *ad hunc tit. c.* 2. *num. ult.* Groenevv. *de leg. abr. hic.* Sande *lib.* 5. *cap.* 17. ubi & de vario genere supplicii, quo nunc parricidia puniri solent.

Omnium elementorum usu) Quid mysterii sit in pœna colei, ostendit Cicer *in dict. orat. pro Sext. Rosc.* & Theophil. 3. Ἵνα μὴ τὸν ζῶντα μόνον ἀπολέσῃ, ἀλλὰ καὶ τὸν τεθνεῶτα. Eodem pertinet illud Quintiliani *declam.* 299. *Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulcrum negat.* Et Ovid. *lib.* 8. *Metam. vers.* 97.

Dii te summoveant, o nostri infamia secli,
Orbe suo, tellusque tibi portusque negetur.

TEXTUS.

De falsis.

7. *Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit, sciens, dolo malo. Ejusque legis pœna in servus ultimum supplicium est, quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficis servatur: in liberos vero deportatio.*

NOTÆ.

7. *Ejusque legis pœna*) Ex Marciano *l.* 1. §. *ult. eod.* adde Paul. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

Testamentaria vocatur) *Leg.* 30. *hoc. tit. ad leg. Corn. de falsi.* Paul. 5. *sent.* 25. Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod majore ejus parte de falso in testamento commisso caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cic. *Verrin.* 3. Cornelia *testamentaria, nummaria*, cæteræ *complures*, &c.

Vel aliud instrumentum) Hoc ex Senatusconsulto Liboniano adjectum legi Corneliæ Cujacius existimat: legem enim ipsam tantum de nummis & testamentis falsis caviſſe.

Scripserit, significaverit, &c. Apud Paulum *d. loc.* additur, *amoverit, resignaverit, deleverit, quive nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, vultuve Principis signatam monetam præter adulterinam reprobaverit, l. 1. l. 2. l. 8. l. 9. & passim hoc tit.*

In servos ultimum supplicium) Pœna falsi deportatio est & omnium bonorum publicatio: servi ultimo supplicio afficiuntur, *leg. 1. §. ult. hoc tit.* ubi Marcianus addit, & quasi falsi: nimirum cum aliter fallitas committitur, quam uti nominatim lege Cornelia cautum est; qui casus ex Senatusconsulto aut Principum constitutionibus ad rationem legis accommodati sunt. Quod si id exigat magnitudo commissi, etiam capitali supplicio in eum, qui falsum commiserit, animadvertitur, *leg. 22. Dod. de falſ.* Nostris moribus pœna falsi aut exilium est, aut fustuarium, prout judex decernet. Gudel. *d. leg. 5. cap. 20.* Damboud. *prax. crim. c. 19. & seq.* Zipæ. *not. jur. Belg. de ful.*

TEXTUS.

De vi.

8. *Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed siquidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniantur secundum nostræ constitutionis definitionem, ex quo hoc apertius possibile est scire.*

NOTÆ.

8. *In tertiam partem bonorum*) *Leg. 1. leg. ult. leg. Jul. de vi priv.*

Sanctimonialis) Ascæticæ, virginis, vel viduæ Deo dicatæ, *l. un. Cod. de rapt. virg.*

Capite puniuntur) Licet mulier raptui consenserit, *d. leg. un. §. 2.* quod tamen non de simplici & spontaneo assensu accipiendum; sed ita, si consenserit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius esse putant verbis persuasoriis pellicere mulierem, quam vi uti. Liban. *decl.* v. Plutarch. in *Solon.*

COMMENTARIUS.

Vim armatam, vel sine armis) Cur vis cum armis facta, publica, sine armis privata habita sit, hæc ratio est, ut alibi quoque diximus, quod armis uti solius reipublicæ est: unde lex duodecim Tabularum cum telo esse nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Julia) De vi publica damnati deportamur. Ulpian. *l. 10. §. ult. ad. l. Jul. de vi publ.* ait, aqua & igni his interdici; sed notum est, huic pœnæ deportationem succeſſiſſe. De vi privata damnati tertia parte bonorum suorum mulctantur, *l. 1. & l. ult. de vi priv.*

Raptores, &c. capite puniuntur) Licet mulier raptui consenserit, *l. un. §. pœnas autem 2.* ubi *sive volentibus, sive nolentibus, C. de rapt. virg.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, *c. scienti 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. usque adeo 5. de injur.* Neque enim *d. l. un.* de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est, sed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit: quo casu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cum dolosa persuasio non minus malum sit, quam violenta coactio: per *l. 3. §. si quis volentem 5. de lib. hom. exhib. l. 1. §. 3. de serv. corr.* Unde Solon severius punit eum, qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quam qui vi usus esset, teste Plut. add. Liban. *declam. 2.* Hodie pœna hujus criminis arbitraria est, & crescit pro gravitate admissi. Damhoud. *prax. crim. c. 20. n. 8.* Perez. *Cod. ad l. Jul. de vi in fin.* Virgini vel viduæ stuprum per vim inferentes capite puniuntur. Zypæ. *not. jur. Belg. de adul. vers. stupro.* Damhoud. *d. prax. cap. 92. dec. Cur. Holl. 47.* Attentatum per vim stuprum, sed non consummatum, virgis & exilio vindicandum judicavit Curia Frisiæ. Sande *l. 5. tit. 9. decis. 11.*

TEXTUS.

De peculatu.

9. *Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Si quidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint. Alii vero qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjugentur.*

COMMENTARIUS.

LEge Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur, *leg. 1. l. 4. h. t. ad. l. Jul. pecul.* Peculatus enim duplex est, furtum pecuniæ publicæ, quod proprie & in specie *peculatus*, & rei sacræ, quod *sacrilegium* proprie vocatur: unde a Labeone definitur, pecuniæ publicæ aut sacræ furtum, *l. 9. §. 2. eod.* Addit Labeo, non ab eo factum, cujus periculo est; nam ærarium in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

Si quidem ipsi judices) Qui pecuniam publicam, quam ipse administrat, everterit, capite punitur, uti & is, qui operam ei aut ministerium præbet, *l. un. in fin. Cod. de crim. pecul.*

Pœnæ deportationis) Oh simplicem peculatum, pœna deportationis imponitur, *l. 3. eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. pen. eod.* Sacrilegi autem, id est, qui publica sacra compilaverunt, capite puniuntur, *l. 9. eod.* Car. §. *sacrilegium.* Aut. Matth. *de crim. c. 2. & 3. de leg. Jul. Pecul.* Damhoud. *prax. crim. c. 112.*

TEXTUS.

De plagiariis.

10. *Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.*

NO-

NOTÆ.

10. *De plagiariis*) Plagiarius est, qui liberum hominem vel servum alienum dolo supprimit, ἀνδραποδίζεται. Lys. orat. 9. supprimendo enim plerumque plagium committitur, *leg.* 3. 3. 5. 6. *hoc tit. l.* 2. 5. 6. *C. eod.* licet interdum & aliis modis, puta vendendo, &c. *l.* 1. 2. 4. *ff. eod.*

Interdum capitis pœnam) Ex ipsa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: postea gravius puniri cœpit, & quandoque capite, *leg. ultim. eod. leg.* 7. *& leg. ultim. Cod. eod.* uti & lege Divina. *Exod.* 21. 16. *Deuteron.* 47. 7.

COMMENTARIUS.

PLagium nihil aliud est, quam liberi hominis, vel servi alieni suppressio dolo malo facta. Nam plerumque supprimendo plagium committitur, *leg.* 3. *l.* 5. *& 6. & h. t. de l. Fab. l.* 2. *l.* 7. *l.* 9. *&* 14. *C. eod.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *l.* 1. 2. *&* 4. *eod.* Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat; postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite, *l. ult. eod. l.* 7. *& l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte mulctatur. *Deut. cap.* 24. 7. *Exod.* 21. 16. Quod transcriptum in Decretalibus Gregorii, *cap.* 1. *de furt.* & adhuc hodie obtinet, si celandi animo crimen commissum, alias fere virgis & relegatione, Clar. §. *fin. q.* 68. *n.* 31. Perez. *in C. ad l. Fab. de plag. num.* 6.

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. *Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis; quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant: aliis autem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.*

Excusatio.

12. *Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicem ea attigisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.*

1. *Repetundarum*) Vid. *leg.* 3. *&* 4. *de leg. Jul. rep.* de pœna est in *l.* 7. §. 2. *eod. l.* 1. *ult. C. eod.*

De annona) Adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit, vel vexaverit, &c. *l.* 2. *de leg. Jul. de ann.* add. *l.* 37. *de pœn. l.* 6. *de extr. crim.* Apud Athenienses pœna capitis statuta erat in eos, qui frumentum alio comportabant, annonamve supprimebant. Lys. *orat.* 31.

De residuis) Hac lege damnatus amplius tertia parte quam debet, punitur, *leg.* 1. *l.* 4. §. 5. *&* 2. *seqq. ad leg. Jul. pecul.* Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicam delegatam in usum aliquem retinuit, *leg.* 2. *eod.* seu apud quem ex pecunia publica quid residet, *d. l.* 4. §. 3.

12. *Et quasi per indicem*) Id est, leviter, summatim, ὑποτυπωτικῶς, digito ad fontes, unde hauriatur, intenso. Ascon. in *Verr.* 3. *Antequam causam ageret, quasi per indicem res exponebat*, &c.

COMMENTARIUS.

DE *ambitu*) Ubi singuli regunt, ambitus nullus usus est: sed frequens, ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum fuisse constat. Hinc illæ leges, Petilia, Pinnaria, Fabia, Calpurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus, latæ. Sed hæ leges cessaverunt in urbe, ex quo magistratuum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus, *leg. un. princ. de leg. Jul. ambit.* sicut & apud nos occasio ejus exercendæ sublata: de quo Groennev. *d. leg. abrog. ff. de leg. Jul. de ambit.* Pœna hujus criminis mulcta centum aureorum cum infamia fuit, *d. leg. unic. eodem*. Canonibus ambitus dicitur Simonia, a Simone Mago, cui Petrus maledixit, quod ab Apostolis Spiritus Sancti gratia pecunia emere voluit, *Actor. cap.* 8. *can. quidam*, 24. *q.* 3. Est enim Simonia, cum aliquid pro spiritualibus exigitur vel promittitur, tot. tit. *de Simonia*. VINN. Pœna centum aureorum tantum ad municipia, & eos accusatores & reos, qui domum judicis ingrediuntur, *l. un.* §. 4. *ff. de L. Jul. amb.* Alioquin pœna legis Juliæ fuit deportatio. Paul. *Recept. Sent.* 5. 30. *l. un. Cod. hoc tit.* HEIN.

Repetundarum) Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicatum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret, *l.* 3. *l.* 4. *de leg. Jul. repet.* Pœna hujus legis extraordinaria est, nunc relegatio, vel ordinis amotio, nunc exilium, vel etiam mors: pro modo scilicet & qualitate sceleris, *leg.* 7. §. 3. *eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur, *leg.* 1. *l. ult. in fins Cod. eod.*

De annona) Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum statuitur adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret, *leg.* 1. *&* *leg.* 2. *de leg. Jul. de annona*. Quod crimen plerumque committunt ii, qui Dardanarii seu pantopolæ & sæplasiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *leg. in Dardanarios*, 57. *de extraord. crim.*

De residuis) Crimen residuorum est pecuniæ publicæ alicui ad usum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum, sive ex parte. Et quod in rationibus peculiisve privatis est reliqua, id in publicis proprie est residua; sic dicta, quod apud eum, cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte, quam debet, punitur, *leg.* 2. §. 3. *&* 1. §§. *seqq. ad leg. Jul. de pecul.* Hodie pœna hujus criminis ut & præcedentium fere arbitraria est, Groenevv. *tract. d. leg. abrog. ad rubr. C. de pœn.* Hæc παρέργως & translatitiæ ut in appendice.

FINIS LIBRI QUARTI.

INDEX I.

RERUM ET VERBORUM

IN ARNOLDI VINNII COMMENTARIUM,

Ubi numerus Romanus Partem; Arabicus paginam, littera vero a *priorem consignat,* & b *posteriorem columnam.*

A

Acceptilationis definitio a Modestino tradita. I. 193. a. alia plenior & planior. I. *ibid.* b

Acceptilatio an species sit stipulationis. I. 194 a

Acceptilationis & solutionis communia & propria. *ib.* In forma acceptilationis quæ considerandæ. *ibid.* b Materia seu objectum. *ibid.*

Accessionum genera. L. 147. a

Accessionis vice, quid, cui, & quando cedat? *ib.* b

Accessionis & specificationis differentia. I. *ibid.* b. domino partis, quæ cessit, quomodo consulatur? 148 a

Accrescendi jus quid sit? I. 21. a. 392 b. In hæreditatibus id jus valere ex necessitate. ib. Deficientium hæredum portiones quibus accrescant, & pro qua parte. *ib.* Valere idem jus & in legatis, sed ex sola voluntate testatoris. 393. a. Vetus circa jus accrescendi differentia inter genera legatorum. I. *ib.* b

Accrescendi jus non esse inter legatarios diversarum rerum. 394. a. Quibus pro qua parte defecta pars collegatarii accrescat. *ib.* An conjuncti post obitum testatoris mortui pars conjuncta accrescat. I. *ibid.* b

Accrescendi jus an locum habeat inter conjunctos verbis. 396 a. an in contractibus. II. 177 a.

Actio quomodo consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit. II. 235 a. Ex quo jure actiones proficiscantur. *ibid.*

Actionis nomen quam late pateat. II. *ib.* b. Quot modis usurpetur a nostris. *ibid.*

Actio in rem cum domino ambulat, eaque tenetur novissime possidens. II. 243 a

Actiones in personam nec ex contractu, nec ex maleficio. *ibid.* b

Actio rescissoria quibus ex causis a Prætore detur? ejusque introducendæ occasio. II. 255 a

Actio ex stipulatu de dote cur plenior, quam rei uxoriæ. II. 283 b. Singularia circa illam ex stipulatu a Justiniano constituta. *ibid.*

Actio in rem quid sit, unde nascatur, & cui competat. II. 244 a. Quæ petitori probanda ad fundandam hanc actionem. *ibid.* b

Petitio hujus actionis propria. II. 245. a

An possessor contra vindicare teneatur. *ibid.*

Actio pœnalis nulla in hæredem datur, licet ex contracto. II. 316 a

Actio de peculio & actio in rem verso, an duæ diversæ actiones. II. 361 a

Actio in personam quid, cui, adversus quem detur? II. 244 a. quid petat? ubi de formularum diversitate. II. 246 a

Actio præscriptis verbis unde dicta? II. 327 b

Actio ex jurejurando qualis? II. 364 b. In personam esse quacumque ex causa juratum sit. *ibidem.* b. Quod genus jurisjurandi eo pertineat. 265 a Quam ob causam actio ex jurejurando a Prætore introducta, cui, adversus quem, quo effectu detur? II. 266 a

Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem, quo effectu detur? II. 269. a

Actio de jure familiæ inter patrem & filium. Et quid hæc ab illa de partu agnoscendo differat. *ibid.*

Actio Pauliana in personam est. II. 247 a. Cui, quando detur. *ibid.* b. Quando concurrere debeat, ut huic actioni sit locus. II. 242. a. Intentio creditorum in actione Pauliana. II. *ib.* b. quandiu, ex quo tempore competat. *ibid.*

Actio directa quot modis dicatur? II. 222 a

Actio utilis, quid & qua ratione, quando, a quibus introducatur. *ibid.* Directa actio tam quæ ex sententia legis, quam quæ ex verbis: utilis, quæ tamquam ex sententia, in factum cui nec oratio, nec sententia convenit. *ibid.* b. Appellatione actionis in factum, interdum & utilem significat. II. *ibid.*

Actio de tigno juncto in duplum datur etiam adversus eum, qui junxit bona fide. I. 152 a

An exemptione tigni possit evitari dupli præstatio. *ib.* b. Apud nos huic actioni non est locus. I. 153 a

Actio in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri potest. II. 237 a. Non potest institui, nisi certus sit possessor. II. 245 b

Actiones rei persecutoriæ quæ, & quæ pœnales? II. 273 a. Rei persecutoriæ omnes, quæ in rem. *ibid.* Ex contractu una mixta. II. *ibid.* b. Pro pœnalibus quæ habeantur, cum a parte actoris pœnales non sint. II. 274. b. An ulla actio plus quam quadruplum persequatur. II. 276 b

Hodie actiones non esse rei persecutorias. II. 178 b

Actiones rei persecutoriæ omnes & hæredibus & in hæredes dantur. II. 323 b

Actio quibus casibus ex contractu non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit. II. 376 b

Actiones omnes judicio inclusas perpetuari: & quid hic juris hodie. II. *ibid.* b

Actiones populares. II. 238 a

Actiones confessoria & negatoria non ex figura verborum, sed ex sententia & re petita æstimandæ. II. 247 a An hæ actiones pro alio jure, quam pro servitutibus etiam dentur? *ibid.* b

Actio negatoria cur de rebus corporalibus non prodita? II. 249 a. Cur prodita in rebus incorporalibus? *ibid.* b. Cur in rebus corporalibus actio possessori non detur? II. 250 b

Actiones Prætoriæ quæ? II. 251. a Prudentum non fuit actionem dare.
Actiones mixtæ an tertiam speciem constituant? II. *ibid.* b
241. b An actiones in rem scriptæ. II. 242 a
Actiones pœnales, quibus nihil amplius persequimur, quam quod abest. II. 316. a. Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus. *ibid.*
Actiones bonæ fidei quæ, unde sic dictæ? II. 280. a
Actiones stricti juris quæ, & unde sic appellatæ. *ibid.* b. Harum actionum insignes differentiæ, & an quæ adhuc maneant? II. 281. a
Actiones bonæ fidei nullas esse præter eas, quæ e Juliniano recensentur. II. *ibid.* b
Actioni hypothecariæ locus in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V. ann. 1529. II. 260. b. Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus possidet: tum quid hic juris apud Batavos. II. 261. a
Actionis de peculio introducendæ causa. II. 263. a esse in personam. *ibid.* b ex delicti non dari. II. 264. a.
Actione de peculio non consumi obligationem cum filio aut servo contractam. *ibid.* a. Causæ ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant. *ibid.* b
Actionis de pecunia constituta introducendæ causa. II. 262. a. Qui, quibus ex *causis hac actione* teneantur. II. *ibid.* b
Actionis hypothecariæ introducendæ causa. II. 244. a Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur. *ibid.*
Actionis definitio competit etiam actioni in rem, item actionibus popularibus, &c. II. 237. b
Actionum divisio in rem & in personam unde sumpta? II. 239. b
Actus quid sit? I. 185. a
Actum qui habet, etiam armenta trajicere potest. *ib.* & vehiculum agere. *ibid.* b. & ire sine jumento. *ib.*
Ademptio legatorum quot modis fiat? I. 429. b. Quibus ex rebus conjiciatur, res adimendi legati causa alienata sit, necne. I. 401. a. Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum. I. *ibid.* b.
Adeundo aut pro hærede gerendo ut quis hæres fiat, quarum rerum eum gnarum esse oporteat? I. 370. b. Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur. I. 371. a
Aditam post hæreditatem derelinqui non posse. I. 367. a.
Actionem & pro hærede geritionem duo esse distincta genera acquirendæ hæreditatis, nec esse plura. I. 369. b.
Adolescentes inviti olim curatores non accipiebant. I. 100. a.
Adoptati jus liberorum in familia patris naturalis non habent. I. 299. a. emancipati a patre adoptivo jus illud beneficio Prætoris recuperant, *ibid.* b.
Adoptio quid, apud quos olim ejus usus? I. 62. a
Adoptionis usus hodie sublatus, etiam in Gallia. *ibid.* b.
Adoptio in specie dicta quid sit, & quorum, apud quos, quomodo fiat? I. 63. b. Quid circa eam novi constituerit Justinianus. I. 64. b
Adoptio naturæ imago, & quid inde? *ibid.*
Adoptiva filia nec adoptione dissolutâ uxor dici potest. I. 51. a
Adoptivorum successio exsoleta. II. 14. a
Adrogatio quid sit, & quorum, apud quos, quomodo fieri soleat? I. 63. b. In adrogatione impuberum quæ excutienda. I. 65. a
Adrogationis effectus. I. 68. a
Adrogator quid, cui caveat? I. 65. a
Adrogatori non tantum proprietas, sed etiam possessio acquiritur. II. 63. a
Adscriptitii qua conditione sint. I. 26. a
Adscriptitiæ conditionis qui hodie? *ibid.* b
Adsectari cur injuriosum. II. 225. b
Adsignare libertum quid sit? II. 53. a
Ædificia etiam non habitandi causa parata, urbana prædia censeri in materia servitutum. I. 187. a
Ædiles Curules: nomen & procuratio. I. 20. a
Æquitas quid & quotuplex? I. 23. a
Ærarium quid, & quid fiscus? I. 223. a
Æstimationis auctæ commodum, & diminutæ incommodum, ad creditorem pertinet. II. 77. b Cujus temporis in æstimatione ineunda hic ratio habeatur. *ibid.*
Ætas annorum 25. cur finem afferat curationi. I. 99. a.
Ætas legitima matrimonio. I. 47. a
Affines qui, & an etiam gradus affinitatis. I 54. a
Affinitatis genera. *ibid.*
Affinitatis transversa linea apud veteres Romanos prohibitiones non habuit. I. 55. a
Affinitas proprie sponsalibus non contrahitur. I. 57. a nascitur etiam ex illegitima conjunctione. *ibid.*
Agnatorum nomen quot modis usurpetur? II. 18. b
Agnatorum successionem cur latius diffundi placuerit, quam cognatorum. II. 45. b. hoc discrimen sublatum. 36. a
Agnatorum successio, & novo jure cognatorum, an certo gradu terminetur, & quid hic usus servet. II. *ibid.* a
Agnatos inter & gentiles, item inter gentem & familiam quid interfit. I. 81. b
Album Prætoris: & quale judicium in eum, qui album corrupit. II. 266. a
Alienandi verbum quam late pateat ex sententia legis Juliæ. I. 237. b
Alluvio quid? I. 139. a. Quibus in agris locum habet. *ibidi* b. Quid hic juris apud Batavos? *ibid.*
Alveus desertus primi occupantis sit, si vicini agri limitati. I. 143. a
Alvei exsiccati pars quando apud nos privatorum fiat: *ib.*
Alveus an aliquando priori domino restituatur, flumine recedente. I. 144. a
Alveus flumini extra usum publicum existimatur pars vicinorum prædiorum, & quid inde? I. 143 b.
Ancilla si cum natis legata sit, duo intelligi legata seperata & æque principalia. I. 407. a. Item si servus cum vicariis suis *ibid.* b. Secus si servus cum peculio, aut penus cum vasis. I. *ibid.* b. Aut fundus cum instrumento. *ibid.*
Apes omnes natura feræ. I. 135. a
Aqua profluens non idem, quod flumen. I. 225. b
Aquæductus quid, quomodo aqua ducatur, & unde ducere liceat. I. 186. b

Aquæ & ignis interdictionis origo & causa. I. 84. b. In locum hujus pœnæ successit deportatio. *ibid.* b
Arbitrariæ actiones an tertiam speciem actionum constituant. II. 286. a. ex quo fit, quod actio de eo, quod certo loco arbitraria. II. *ibid.* b. Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis. *ibid.* in ea quod certo loco, una sententia rem transigi. 287. a. in illis duplicem intervenire sententiam, & mores hodierni. *ibid.*
Arbitrariarum & bonæ fidei discrimen. II. 288. b
Arbitratores, quos vocant, judices non esse. II. 155. a
Arbitri & judicis nomina quam diversimode accipiantur. II. 240. a
Arboris transplantatæ proprietas post coalitionem ita immutatur, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur. I. 156. a priori domino quomodo consulatur de pretio plantæ. I. *ibid.* a
Areæ legatæ si domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. I. 409. a
Artha datur vel ut symbolum, vel ut sit pars pretii; & effecta utriusque. I. 144. a
Assis ejusque partium usus quam frequens, & quibus in rebus fuerit. I. 309. b
Asyli jus non esse dandum sicariis, raptoribus, &c. I. 41. b
Attentatio pudicitiæ cur injuriosa. II. 231. a
Auctoritatis verbum quam varie usurpetur, & quid eo in duodecim significetur. II. 225. b
Auctoritate propria nemo potest quod sibi debetur occupare. II. 236. b

B

BAnniti quo numero habendi. I. 70. a
Batavi quibus in locis quondam jure Scabinico, & in quibus Æsmodico circa successionem ab intestato usi? II. 39. b
Beneficium competentiæ quibus quas ob causas datur. 294. b. Quale sit hoc beneficium, personæ an rei cohærens. II. 296. b
Beneficium ordinis, *vide* Ordinis.
Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat. II. 132. a Conditiones, sub quibus conceditur. II. *ibid.* b
Bonorum possessio contra tabulas etiam suis hæredibus proposita. Ad bonorum possessionem contra tabulas difficilius quem admitti quam ab intestato. *ibid.*
Bonorum possessio contra tabulas quo sensu dicatur esse ex testamento. II. 57. a cur ea primo loco edicti proposita. *ibid.*
Bonorum possessio unde liberi quo colore emancipatis deferatur. II. 10. a. Ad bonorum possessionem unde liberi non vocantur, qui a patre emancipati se adrogando dederunt. *ibid.* b
Bonorum possessio edictalis & decretalis. II. 60. a
Bonorum possessio unde vir & uxor, sola hodie necessaria. II. 59. a. Apud nos locum non habet, ut nec ullæ aliæ. II. 60. b
Bonorum possessiones quæ juris civilis confirmandi gratia introductæ. II. 55. a
Bonorum possessores vi ipsa hæredes esse, & jure Prætorio dominium rerum singularum consequi. II. *ibid.* b
Bonorum possessores an hæredes efficiantur, qui jure civili succedere possint, si malint honorario. *ibid.*
Bonorum possessio, quid? II. 54. b. Ex bonis esse quæ dicantur. II. 215. b

C

CAnones observandi circa materiam stipulationum. II. 109. a
Capacitas hæredis instituti quibus temporibus inspicienda. I. 373. a. Non satis subtiliter tempus adeundæ hæreditatis in consideranda capacitate constitui terminum disjunctum a tempore mortis. *ibid.* b
Captatoria institutio quæ veteribus dicta. I. 318. a
Casus fortuitus quid? II. 82. a. In nullo contractu præstatur. *ibid.* Periculi appellatione non semper casus venit. *ibid.* Inter casus fortuitos non numerantur, qui cum culpa conjuncti esse solent. II. *ibid.* b. Regula de casibus fortuitis non præstandis quando cesset? *ibid.*
Casus fortuiti excluso non protinus inducit præstationem culpæ levissimæ. II. 160. b
Causa legandi, etsi falsa sit, legato nocet, nisi in futurum collata, & quare? I. 423. b. Insigne hujus temperamentum. 414. a
Causarum duarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursus est species liberationis & quo ea pertineat. I. 390. b
Causæ cognitio quid, & quibus in rebus consistat? I. 389. b
Cautio fructuaria a testatore remitti non potest, ab hærede potest. Et quid si fructuarius propter inopiam fidejussores invenire non possit. I. 197. b
Cautio quasi fructuaria an sit de substantia ususfructus. I. 218. a. partes hujus cautionis. *ibid.*
Cautiones, & confessiones debiti inutiles. II. 136. b. Quæ cautiones ad probationem tantum valeant. *ib.*
Cautionem pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, antea ne ad probationem quidem. *ib.* A quo tempore biennium currat. I. 140. a
Cenotaphium an religiosum. I. 129 b
Ceram quod pro tabulis veteres dixerint, unde sit? I. 273. a
Civilis disciplina, *vide* Justitia.
Civium apud nos distinctio. I. 30. a
Codicilli quid, & unde dicti? I. 454. a. jure codicillorum non valere voluntatem in hoc paratam ut testamentum sit, nisi adjecta sit clausula codicillaris. I. 455. b
Codicilli quicumque & quocumque tempore a testatore facti, jus testamenti sequuntur. 456. a. Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos, quæ hodie sublata. Quatenus ex his quæ testamento cauta, codicillis mutare quid liceat. I. *ib.* b
Codicilli aute testamentum facti, non intelliguntur testamento revocati, nisi appareat testatorem a priore illa voluntate recessisse. *ibid.*
Codicillis hæreditatis dari, nec adimi potest, nec si testamento confirmatis. I. 457. a. Neque conditio hæredi instituto adjici, neque detrahi. *ibid.* b. Per fideicommissum hæreditatem codicillis recte dari & adimi. *ibid.*
Codicillos in captivitate factos ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescere. I. *ib.* b
Codicilli unius hominis etiam plures esse possunt. I. 458. a

Codi-

Codicilli non sunt sine aliqua solemnitate ordinationis, *ibid.* An mulier in codicillis recte testis adhibeatur. *ibid.* b
Cognatio servitute amissa manumiss. non recipietur. I. 171. b
Cognationis genera.
Cognitiones prætoriæ & extraordinariæ. I. 134. b
Colonus, *vide* Fructuarius. I. 133. a
Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solita. I. 257. a
Commixtio quid proprie, ejus effectus. I. 190. a Mixtionis pecorum & frumentorum comparatio. *ibid.*
Commodare quid sit, & quid commodatum differat a precario. II. 87.
Commodatum proprie nullum, nisi gratuitum. II. 85. b
Commodatum & mutuum in quo differant? II. 81. b
Communi dividundo inter quos, qua de re agatur. II. 276. a
Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat. II. 184. a. In judicio communi dividundo quæ culpa veniat. *ibid.* b
Compensatio quid sit? II. 285. b. & 295. b. Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio & quid causa liquida. II. 185. a
Compensatione ipso jure actiones minui, quid hoc quæ inde utilitas? &c. *ibid.* Rerum tantum consumptibilium esse compensationem. *ibid.* b
Condicere quid sit veteribus, & cur inde actio in personam dicta condictio. II. 272. a. Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie? *ib.* b
Condictio certi unane sit & generalis, an duplex? II. 79. a
Condictio furtiva non tantum in odium furis, sed etiam in commodum domini introducta. II. 270. b. difficile expeditu, quomodo furti res condici possit. *ibid.*
Condictio furtiva & actio rerum amotarum contra hæredes etiam in solidum dantur. II. 223. a
Conditio & modus qua in re conveniant & discrepent. I. 424. b
Conditio impossibilis non vitiat voluntates. II. 317. b
Conventiones contra. *ibid.* Impossibili conditioni similis est turpis. *ibid.* Circa hæc mores nostri. *ib.*
Conditio hæc, si hæres non erit, continet, & casum impotentiæ & voluntatis. I. 319. a. Diversimode accipitur pro conditione instituti. I. *ibid.* b
Conditio quid sit & quotuplex, tunc quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciunt. II. 110. b Etiam promissiones quibus tacite conditio inest, pro conditionalibus esse. *ibid.* In conditionibus arbitrariis quid juris? II. 96. a
Conditione pendente nihildum deberi, & quid inde? *ibid.* b. Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia. II. 101. b. An idem & conditionibus arbitrariis? 102.
Conditiones ad præsens vel præteritum tempus relatas vim conditionis non habere, & quare? II. 98.
Conductor regulariter levem dumtaxat culpam præstat. II. 162. a
Confusio & commixtio quomodo differant, cum signate loquimur. I. 149. a
Confusionis effectum, & quarum rerum, quomodo confusio facta communionem pariat. *ibid.*, in confusione fortuita quid juris. I. *ibid.* b. Quid si unus e dominis confuderit altero ignorante. *ibid.*
Conjuncti & disjuncti singuli recte & totum habere dicuntur & partem diversa consideratione. I. 394. b Partem ab initio facere quid sit? I. *ibid.* An partem faciat, qui testamenti tempore mortuus aut incapax? *ibid.* b
Conjunctorum genera exposita. I. 393. b. Disjuncti qui passim dicuntur? eos & ipsos vere conjunctos esse. *ibid.*
Consanguinei qui nostris, & unde sic appellentur? II. 18. b
Consanguinitas quando ab agnatione distingui, & quam ob causam cœpta? II. 20. a. Consanguinitatis prærogativa sublata. II. 19. a
Consensus quibus modis declaretur? II. 140. a. Obligatio ex consensu pinguior, quam verborum. *ib.* b Confessus in matrimonio liber esse debet. I. 47. b
Consensus parentum, & quorum, quibus liberis necessarius? *ibid.* b. Præcedere debet, nec ratihabitioni hic locus. I. 48. b. Eo non interveniente nuptiæ irritæ: & quid jure divino? *ibid.* quid in his regionibus? *ibid.*
Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo. II. 134. b. & 262. b
Constitutionum genera. I. 18. b
Constitutiones personales quotuplices, & quæ singulatum vis? *ibid.*
Consuetudo quanto tempore: quot actibus & qualibus introducatur? I. 22. b. an hic opus scientia superioris? *ibid.*
Contractus qui & quotuplex? II. 73. a. Contractus μίσπλευροι, δίπλευροι & medii generis. II. 81. a
Contractus an in testamento aut inter testandum celebrari queant? I. 262. b
Conventio, pactio sive pactum, in genere quid, & quotuplex? II. 73. b
Convicium quid? II. 224. b. An veritas convicii excuset. *ibid.* b. An præfatio bonis? 225. a
Correns, qui totum solvit, an eo nomine adversus alios actionem habeat? II. 95. a
Correi plures debendi aut credendi etiam citra stipulationem constitui possunt? *ibid.*
Cretio nihil aliud olim fuit, quam solemnis aditio hæreditatis. I. 470. a
Crimen pro criminatione. I. 127. a
Culpa quid, & quotuplex? plenius quam vulgo. II. 82. b.
Culpa levissima. II. 83. a. Lata culpa in omnibus contractibus præstatur, & dolo comparatur. *ibid.* b Qui contractus dolum tantum recipiant, qui item culpam & diligentiam? II. 84. a
Culpæ genera obiter distincta. I. 119. a
De Curatoribus. I. 98. a

D

DAmnum injuria datum. II. 215. b. Actionos legis Aquiliæ de damno dato qui teneantur, aut non teneantur? II. 217. a. Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis. II. 220. b
Dedititii quo jure fuerint? I. 34. b
Defensio sui adversus vim illatam natura est. I. 11. a
Delegatio quid & quomodo fiat. II. 296. b. ad delegationem non pertinet, *leg. ult. Cod. de novat. ibid.*
Deliberandi jus quorum casu & cujus rei gratia comparatum, quis ejus effectus, & quid hic de

suo contulerit Justinianus? I. 367. a. etiam suos hæredes jure prætorio deliberandi facultatem habere. *ibid.* b

Delictum quid, & quotuplex? II. 299. a. an species συναλλάγματος. II. 73. a

Demonstratio falsa non vitiat legatum, nisi præterea quid aliud obstet legato. I. 422. b

Deportationis & relegationis differentia. 154. b

Depositum quid sit, & an etiam consistat in re immobili? II. 85. b

Depositarius ad quid teneatur? II. 86. a

Dies utiles, & continui. II. 61. b. Dies incertus quando conditionem faciat in contractibus, & quid hic interfit legata & stipulationem? II. 92. a. Quid si dies apponatur finiendæ obligationis causa? II. *ib.* b Effectus obligationis in diem. Efficientia diei adjecti in modum termini ad quem. 93. a. Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos a simili legato? II. 94. b. Dies certus institutioni appositus pro supervacuo habetur. I. 314. b. Qui hic nostris & Gallorum moribus? *ibid.* b. Dies omnis incertus conditionem in testamento faciat. *ibid.* Dies cœptus pro completo quando habeatur? & contra. I. 99.

Directæ actiones an salvæ maneant adversus adrogatum. II. 64. b

Dispositioni §. *ult. Inst. de fidei. hæred.* quando locus I. 459. b. Glossema in fine text. *d.* §. observatum. I. 450. a

Divisionis beneficium non habere plures unius tutoris fidejussores: at ex persona plurium tutorum actionem dividi. I. 104. b

Dolus quid? II. 81. b. præstatur in omnibus contractibus. *ibid.* b

Dominium quid, & quam large ea vox sumatur. I. 131. b. Dominii jure gentium acquirendi modi. I. 132. a

Dominiorum verus discrimen, ejusque sublatio. I. 175. b.

Donaria. I. 128. b

Donatio inter viros absolute est juris gentium. I. 225. b. sit ne donatio modus acquirendi, an titulus? 226. a. Donatio propria quid sit, & quid impropria? *ib* b. Unde æstimandum, an donatio facta sit mortis causa? I. 227. a. Convenientia mortis causa donationis cum legatis. I. 228. a. Discrepantia. *ib.* b. Donatio inter vivos quomodo perficiatur? I. 229. b. An ex quovis pacto donationis causa interposito actio nascatur? 230. a. simplex pactum donationis pariat actionem in rem? *ib.* b. quæ donationis insinuationem non desiderant? I. 231. a. Revocandi donationem qui, quibus ex causis habeant, & an inter causas etiam liberorum supervenientia? I. *ibid.*

Donationes inter sponsum & sponsam quo sensu dicantur veteribus incognitæ? I. 233. a. Quid circa has constitutum? *ib.* In Belgio proprie donationum propter nuptias usum non esse. I. 134. b

Dotalis rei maritus verus justusque dominus est. I. 236. a. Potest res mobiles, omnesque res æstimato in dotem datas, alienare. I. *ib.* b. Cur dotalis prædii oppignoratio arctius prohibita, quam alienatio? I. 238. a Quantum hic mores nostri dissideant a jure scripto.

Dotis repetitio olim cui, & qua ratione, & quid jam? II. 283. b. Dupondio expleto quantum sine parte scriptus habere debeat, ubi Hotomanni error notabilis. I. 211. a. Dotis æqualitate constitutio Justiniani repudiata. I. 260. a

E

EDictum perpetuum quid, & quid temporale? II. 266. a. Edictum successorium. II. 72.

Emancipati ratio vetus. I. 66. b

Emancipare, idem quod mancipare. I. 259. a. Cur in omni mancipatione quinque testes adhibiti, quæstio curiosa. I. 260. a

Emancipati cur capite minui dicantur, & an capite minui desierint? I. 85. a. Emancipati ab adrogatione vivo patre naturali jus liberorum recuperant, secus si post mortem ejus: & quid hic respectu patris adoptivi? II. 10. b. Emancipati ab adrogatione post mortem patris naturalis admittuntur ut cognati, non ut liberi. *ibidem.* Emancipati sub colore quodam suitatis ad bonorum possessionem a prætore vocantur. I. 298. a. Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ jure prætorio meliore conditione fuerit, quam filiæ non emancipatæ jure civili. I. *ib.* b

Emendare actionem, quid sit, & quid mutare? II. 293. a. Quamdiu emendare aut mutare actionem liceat? *ibidem.* b. Praxis horum temporum. *ibid.*

Emphyteuticus contractus. II. 158. a. Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo quod actum est. *ibidem.* b. Solo consensu jus emphyteuticum non transferri. II. 159. a. Præstatio canonis, hujus contractus pars essentialis: quanto tempore canone non soluto emphyteuta jure suo cadit? & alia in foro agitata. *ibidem.* Qua conditione emphyteuta jus suum vendere aut aliter alienare possit: & quid hic apud Batavos? *ibidem.* b. Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid a Zenone acceperit? *ibidem.* Emphyteuticus contractus, & censualis, quomodo differat? II. 160. a. An ad substantiam contractus emphyteutici scriptura necessaria? *ibidem.* An emphyteutæ in casu insolitæ sterilitatis remissio canonis præstanda? II. *ib.* b

Emptio. II. 141. a. Quando emptio perfecta intelligatur. II. *ibidem.* b. & 150. a. Emptione perfecta sine communi consensu recedi non posset, licet arrhæ intervenerit. II. 145. a. Quando res in hoc contractu desinat esse integra. II. 144. a Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat. *ibidem.* Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur. II. 144. b. Emptio, & permutatio, ac pretium. II. 148. b

Emptionis substantia ea pretio consistit, & quid inde? 146. b. Quid si pretium alieno arbitrio permissum? II. 94. b. Arbitratoris manifesta iniquitas corripi potest officio judicis. II. 147. a

Error consensui quando obstet, aut non obstet. II. 127. b. Quod si non ipso corpore, sed in materia erratum? II. 128. a. Error matrimonium vitians, aut non vitians.

Exceptio quid, & unde dicta? II. 317. b. Exceptio in factum qualis, & unde? II. 379. b. Exceptiones perpetuæ & temporales. II. 322. a. Exceptio excussionis in dilatoria. *ibidem.* b. Exceptio dilatoria propter diem initio obligationi adjectum. II. 323. a

Exce-

Exceptio doli cur perpetua, cur actio de dolo temporalis? II. 322. a. Exceptio divisionis. II. 133. a. & ordinis. *ibid.* b. Exceptio non numeratæ pecuniæ frustra post biennium objicitur, etiamsi debitor probare paratus sit, pecuniam sibi numeratam non esse. II. 146. b. Usus circa hanc exceptionem hodiernus. I. 140. a. Exceptio læsionis ex causa ætatis, qualis? II. 327. a. Exceptio procuratoria quotuplex? II. 323. a. solutionis. II. 190. b
Exceptiones in strictis judiciis quæ contestandæ? II. 323. b. Exceptiones Juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse. II. 325. a. Exceptiones, quæ ad alios transeunt, aut non transeunt. II. 326. b
Exceptioni cedendarum actionum quando locus? II. 133. a. Exceptionis dilatoriæ genera ratione objecti. III. 323. a
Exceptionum peremptoriarum usus in bonæ fidei judiciis. II. 323. b. Exceptionum dilatoriarum usus. 324. a. Quibus exceptionibus uti licet etiam in exceptione rei judicatæ. *ibidem*. Mores hodierni circa usum exceptionum. *ibid.* b
Excusatio tutorum intra quod tempus proponenda & contestanda. I. 114. b
Exercitoria actio, & institoria cui, adversus quem, qua de re detur? II. 299. a. Si plures exerceant, singulos in solidum teneri; quod tamen apud nos non receptum. *ibidem*. Cum magistro & institore etiam directo agi posse: at hoc in praxi non obtinere. *ibid.*
Exercitores non habent actionem adversus contrahentes cum magistro. *ibidem*. In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observanda lex præpositionis. *ibid.* b
Exhæredare proprie quid sit? I. 122. a
Exhæredationis forma alia atque apud veteres, ratione sexus & gradus liberorum, prout nati aut adhuc nascituri. I. 131. a. novo jure in omnibus forma exhæredationis eadem. I. *ibid.* b. &c. jura autem suorum & emancipatorum minime confusa. 132. a. Exhæredatio an extinguat jus suitatis. I. 337. a. Exhæredationem recte fieri etiam ob causas non expressas. *Novell. cxv.* modo æque graves, aut graviores. I. 354. b. An, si exhæredatio facta sit sine elogio, testamentum hodie sit ipso jure nullum. I. 355. a. Exhæredationis vim etiam jure novissimo habet præteritio matris. I. 356. a. ubi contraria repelluntur, addito jure patrio. *ibid.*
Expromissor quid a fidejussore differat? I. 175. a
Extranei hæredes quotuplici sensu dicantur? I. 372. a
Extraneus manumissor qui dicatur? II. 59. a

F

FAcere posse, quid sit, & quid illud reo tribuat. II. 296. a. Quibus rebus deductis id æstimetur. *ibid.* Faciendi obligatio cur incerta. II. 99. a. Quid, quando ex ea peti possit. II. *ibid.* b
Facta nuda & simplicia separanda ab iis, quæ in rei alicujus præstatione consistunt. *ibid.*
Factum alienum qui promittit cur nec se, nec alium obliget? II. 112. a
Falcidiæ legis ferendæ occasio. I. 431. a.
Falcidiæ appellatione veteres & quartam Senatusconsulti intelligunt. II. 368. a
Falcidiæ legis virtus, ad quæ vel statim, vel tensim, producta. I. 432. b. Ratio legis Falcidiæ quando in portionibus defectis habeatur. I. 434. a. Circa deductionem Falcidiæ in quantitate patrimonii exquirenda mortis tempus spectari. I. *ibidem*. b. Quæ in bonis defuncti numerentur, cum de Falcidia quæstio est. I. 435. b. An hæres quod sibi a defuncto debetur, deducat. I. 436. Quibus casibus Falcidia cesset. *ibid.* b
Familiæ erciscundæ judicium inter quos reddatur, & quid contineat. II. 190. a. Familiæ emptor fiduciarius cur olim a testimonio testamentario remotus, hæres admissus. I. 272. a
Famosa judicia civilia ex delicto aliqua conditione concurrente. II. 360. a. Ex contractu judicia famosa. *ibidem*. b. Cur non omnia judicia bonæ fidei famosa. II. 361. a
Famosam non esse actionem quod metus causa, nec interdicta neque conditiones. *ibid.*
Famosi libelli quam varia pœna. II. 224. b. Si inventor auctorem indicaverit. II. 225. a. Pœnæ *leg. unic. C. de famos. libell.* quando locus. *ibid.*
Fera non vulnerantis, sed occupantis. I. 146. a
Ferum animal sit, an mansuetum, unde æstimandum. 146. b. Feras etiam in alieno fundo captas fieri capientium. I. 135. b
Fideicommissa quandoque induci sine verbis fideicommissorum propriis. I. 347. a
Fideicommissa vim obligandi non habuisse ante tempora Augusti. I. 437. b. De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum; & quorum ea jurisdictio. I. 439. a
Fideicommissaria hæreditatis petitio an recte numeratur inter actiones Prætorias. II. 322. b
Fideicommissum etiam ex certo die recte dari. I. 440. a. Recte relinqui etiam ab hæredibus legitimis & honorariis. I. 448. b. An fideicommissum a legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta debeatur. 449. a
Fideicommissum hæreditatis quis, cui, a quo recte relinquat? I. 439. b
Fideicommissorum natura laxior quam legatorum, & quibus in rebus. I. 385. a
Fidejussor idem, qui & adpromissor. II. 129. a
Fidejussoris obligatio est accessio principalis. *ibid.*
Fidejussor pro omni obligatione recte intervenit, excepta causa dotis. II. 130. a. Etiam pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur. *ibidem*. Quatenus in criminalibus recipiatur. *ibidem*. Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur. II. *ibidem* b. Quid si obligatio sit mere civilis. *ibidem*. Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum jure. *Novell.* 99. II. 131. a. Obligatio plurium fidejussorum non dividitur ipso jure, sed ope exceptionis. II. *ibid.* b
Fidejussor intensive obligari potest, extensive non potest. II. 133. b. Acceptus in majorem quantitatem, quam debetur, ne in debitam quidem obligatur. *ibid.* & quid hodie. II. 136. b
Fiducia veteribus, pignus, & proprie hypotheca. II. 244. b.
Filiofamil. hærede instituto repudiante utrum pater, an substitutus, admittendus. I. 238. a. Pleræque aliæ ejusdem generis quæstiones obiter excussæ. *ibid.* b

Filiorum appellatione an contineantur posthumi, nepotes, filiæ. I. 81. a
Filiusfam. quando hæredem ab intestato habere cœpit. II. 25. a.
Filiusfamilias in publicis causis non sequitur jus patris. I. 78. a
Filiusfam. ne de iis quidem bonis testari potest, quorum fructus patri non quæritur. I. 287. a. An de his codicillos facere, aut mortis causa hæc donare sine consensu patris. I. 288. a.
Finium regundorum inter quos cujus rei gratia agatur. II. 166. a
Flumina, portus, piscatio, quo jure hodie censeantur. I. 126. a
Feminæ agnatæ consanguineæ quo ordine vocentur a Prætore. II. 20. b
Formulæ in actionibus in personam usitatæ & qualis locus, cum agitur ex obligatione faciendi. II. 329. a
Forum commune esse locum domicilii. II. 323. a
Forum proprium quæ tribuant, & quid mutatum moribus. *ibid.*
Fratres germani, & uterini. II. 22. a
Fratrum filii, quando soli existunt, utrum hæreditatem in capita, an in stirpes dividant. II. 38. a
Fructuaria locata, quid juris circa pensiones. II. 164. b
Fructuarii onera. II. 166. a
Fructuario quid tribuat tum jus utendi, tum fruendi? I. 195. b
Fructuarius an possideat? I. 250. a
Fructuarius potest jus, quod habet, alteri locare, vendere, &c. I. 251. b
Fructuarius & colonus in quo discrepent, aut conveniant? I. 167. b
Fructus quid, & quotuplex? I. 160. a. Quando fructus percepti intelligantur? I. *ibid.* b. Fructus non fiunt fructuarii, nisi ipse eos perceperit. I. 166. b
Fructus percipiendi jus non transire ad hæredem fructuarii, licet majore parte anni ususfructus steterit, 167. a
Frumentum ex spicis alienis excussum, manet ejus, cujus spicæ sunt. I. 171. a. Quid de vino & oleo, &c. expresso? *ibid.* b
Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet. II. 200. b. Non item, qui non lucrandi animo. II. 201. a. Quid si urgente fame esculenta ablata? *ibid.*
Furiosus a mente capto quid differt? I. 102. b
Furta quam varie apud varios mulctata? II. 203. b. Non pugnare cum Justitia attributrice, quod interdum morte puniatur. II. 204. a
Furti actio, quibus competat? II. 209. b. Civilis an concurrat cum criminali? II. 210. a. Etymol. 201. a. Inquirendi ratio vetus. II. 203. a
Furtiva conditione an hæres furis teneatur in solidum? II. 212. b
Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna. II. 208. b. Genera. II. 202. a. Furtum manifestum. *ibid.* b. Nec manifestum. *ibid.* Furtum non fieri sine contractatione: & quid inde? tum quis contrectare dicatur? II. 200. b. Fieri non intelligi: nisi sit, qui possideat. II. 201. a. Per se & natura turpe esse. *ibid.* Aliquo casu facere non videri, qui sciens rem alienam vendit. I. 218. a
Furti actio datur ob gallinam surreptam. I. 154. a

G

GEnus quid sit prudentibus, quid species? Generis legatum quando valeat? I. 413. a. Ubi utile est generis legatum, regulariter electionem esse legatarii. I. *ibid.* b. Vetus inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia. 414. a. An illius differentiæ adhuc ratio habenda? *ibidem* b. Quibus casibus electio sit hæredis, ubi testator id non expressit. *ibid.* Electionem non usquequaque esse liberam, & quid hic jure patrio? I. 415. a
Generationis vis in fœminis citius incipit, quam in maribus. I. 98. b
Gradus hæredum ex serie successionis, a testatore sctæ, ædimandos. I. 243. b. Graduum cognationis distinctionem cur nosse oporteat, & cur seriem cognationum Jurisconsulti gradus vocent? II. 41. b. Graduum dinumerationis discrimen inter jus civile & canonicum. I. Qua serie gradus numerantur? I. 42. b
Grege legato, etiamsi unica ovis tantum supersit, eam legato cedere; & cur non idem in legato usufructu gregis? I. 408. b

H

HAbitatio quid? I. 212. a. Habitatio tam vendi, quam locari potest. I. *ibid.* b
Hæredes omnes apud nos voluntarii. I. 379. a. Hæreditas proprie quid sit I. 253. a. Quibus modis deferatur. I. *ibid.* b. Hæreditas jacens, diversa consideratione recte dicitur repræsentare personam defuncti, & personam hæredis. I. 307. b. In quibus hæreditas personæ vice fungi non potest? I. 104. a
Hæres unde dictus. I. 379. a. Hæres quasi obligatur legatariis fideicommissariis, creditoribus non item. II. 184. b. Hæres a legatariis cogi non potest, ut adeat. I. 435. a
Hæreditas in tot partes distribui potest, quot testator voluerit. I. 309. b. Hæreditatem olim qui & in quantum capere non potuerint? 304. b. Qui & in quantum hodie hæredes institui non possint? 305. a
Hostem occidere an liceat, postquam captus est? I. 113. a
Hostium res, veteribus eodem loco fuerunt, quo res nullius. I. 137. a. Ager ex hostibus captus, cur publicus fiat? *ibid.* b. Et quid de mobilibus, tum olim, tum hodie? 138. a
Hypotheca, *vide* Fiducia.
Hypothecaria, nomen commune, *vide* Pignoratitiæ.
Hypothecaria legatariis a Justiniano primum data, item qua de re, adversus quos, ea competat? I. 383. a

I

IN impensas condemnandus victus victori, etsi non petitas. II. 258. b
Imperativa verba interdum vim habere precariorum. I. 453. b
De impuberis delicto. II. 211. b
Impuber pubertati proximus an obligetur naturaliter, sine tutoris auctoritate contrahens? II. 120. b. Cur non obligetur auctore patre? II. 121. b
In jure, & judicio fieri, diversa veteribus. II. 236. b
Incertæ personæ cur olim non recte legaretur. I. 417. b. Cur tale legatum solutum per errorem repeti non potuerit. I. 418. b
Indebiti soluti condictio ut competat, quæ requirantur?

tur? II. 185. b. An error juris repetitioni semper obstet? 186. a. Obligatio indebiti per errorem soluti sitne ex vero, an quasi ex contractu. II. *ibid.* b. Causæ ex quibus indebitum, errore solutum non repetitur, & cur id placeat? II. 187. b
Individuum, quot modis dicatur. I. 44. a
Individua vitæ consuetudo. I. *ibid.* b
Infans quamdiu quis habeatur? & gradus ætatis pupillaris. II. 191. b. Infantiæ proximus, 120. a. Proximi pubertati, & an hi naturaliter sine tutore obligentur? II. *ibid.* b
Ingenui quinam veteribus, & postea, dicti; & quid proprie vox Ingenuus? I. 31. a
Ingenuitatis inter quos vertatur quæstio? II. 183. a
Injuria re quot modis fiat? II. 224. a. Injuriam factam an verbis liceat repellere? II. *ibid.* b. Injuria remissa, adhuc peti posse impensas, &c. II. 230. b. Cur dissimulatione injuria aboleatur? *ibid.* Plures species tacitæ remissionis. *ibid.* In actione injuriarum annus utilis, an continuus; & ex quo tempore currat? II. 231. a. Actio injuriarum ex lege Cornelia perpetua. *ibid.* Levior & atrox injuria unde æstimetur? II. 228. b. Injuriæ quæ pœna ex lege duodecim Tabularum. II. 227. b. Quæ ex dicto Prætoris. *ibid.* b. Ex lege Cornelia. II. 228. a. Actionem injuriæ ad palinodiam, civilem esse, non criminalem. II. 229. b. In actione criminali pœnam extra ordinem constitui: civili electa, hanc consumi, & contra. *ibid.* Civiliter conventus actione injuriarum, qua ratione infamiam effugiat? II. 230. a
Injuriam actio cur nec in hæredem, nec hæredi detur? II. *ibid.* b.
In jus vocatio an pars judicii? II. 316. a. Effecta in jus vocare, quid sit; & quid citare? *ibid.* b
Instituti sine partibus ex æquis partibus succedunt, quamvis testamento non facto æqualiter successuri fuissent. I. 312. b. Instituti ex impartibus, atque invicem substituti. I. 321. a
Institutio servi alieni sustinetur in persona domini proprii ex consequentia libertatis. I. 305. a. Quid juris in servo communi ab uno e dominis hærede instituto? I. *ibid.* b. Quid si servus hæres institutus sit a fructuario? I. 306. a
Institutionem hæredis multorum moribus ad substantiam testamenti non edsiderari. I. 317. a
Institutus ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re, quod bonorum omnium hæres fiat, id esse ex subtilitate juris. I. 310. a
Insula in mari cur raro nascatur? I. 141. a. Cur frequenter in flumine. *ibid.* In flumine nata, est vicinorum possessorum. I. *ibid.* b. Non proprietate tantum, sed etiam usu. 143. a. Pro qua parte cuique vicinorum acquiratur? *ibid.* b. Quo jure? *ibid.* quid hic apud nos? I. 143. a
Interdicta cur potissimum de possessione proposita? II. 328. a. Quæ interdicta causam proprietatis, ac quasi contineant? *ibid.* Interdicta *retinendæ & recuperandæ possessionis* etiam fructuario dari. II. 333. a. Interdicta *adipiscendæ possessionis*. II. 329. Interdictorum divisio a forma. II. 328. b. *Ut possidetis, & Utrobi*, vetus differentia, ejusque sublatio; tum quid hic jus Canon. mores hodierni? II. 330. a. Interdictum quid sit juxta veterem formulam, & quid hodie? II. 328. a. Interdictum *quorum bonorum*, cui, adversus quem comperat: cui bono comparatum. II. 329. b. Interdictum Salvianum adversus quos detur? II. 330. a. Affine huic interdicto remedium actio Serviana, & cur interdicto experiri utilius, *ibidem* b. Interdictum *unde vi* quatenus Canonibus extensum? & de remedio canon. Redintegrandæ: tum quomodo hic apud Batavos procedatur? II. 335. b. Interdictum *unde vi* quibus, quarum rerum nomine detur? II. 335. a
Interesse, qua ratione incertum? II. 100. a
Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda? II. 116. a. Quid juris, si diversitas versetur circa rem aut quantitatem? *ibid.* Quid si circa qualitatem? II. *ibid.* b
Instabiles qui dicantur: & an aliquam habeant testamenti factionem? I. 226. a
Intestato filio mortuo peculium castrense quando, & quo jure, ad partem pertineat? I. 286. a. Intestatus quis dicatur? & an ea appellatio etiam ad pupillum furiosum &c. pertineat? II. 2. a. Successioni ab intestato quando locus, testamento irrito facto? *ibid.* b
Inventarii beneficium. I. 376. b. ejus neglecti pœna. 377. a. Jus hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarii hæreditatem. *ibid.* Inventario non confecto, an hæres amittat quartam Trebelliani, & an testator hujus quartæ deductionem prohibere possit. I. 445. b
Inventio, species occupationis. I. 137. a
Inundatio, quid proprie: & quæ ejus vis? I. 144. a Circa inundationes quid juris apud Hollandos? *ibid.*
Irrita fieri quando dicantur testamenta? I. 348. a
Iter, quid sit; quid eo contineatur? I. 184. b
Judex secundum conscientiam, an secundum acta & probata, judicare debeat? II. 360. a. Judex, per imperitiam male judicans, cur non æque ex delicto obligetur, ac medicus male curans? & circa hoc mores hodierni. II. 231. b. dolo. II. 232. a. Judex per se non competens potest ex accidenti competens fieri; & quibus ex causis? II. 237. b
Judicis & arbitri nomina quam varie accipiantur? II. 240. b. Judices omnes, secundum leges & mores judicare debere. II. 364. a
Judicis officium in judicando. II. 363. b
Judicio constituendo personæ necessariæ. II. 240. a
Judicia ordinaria olim, & extraordinaria quæ? II. 337. a
Jura captivitatis inter quos adhuc conserventur: & quid circa hæc inter Christianos? I. 28. b. Jura prædiorum quo adspectu servitutes dicantur. I. 183. a
Jure Magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa? I. 91. a. Illa mandata jurisdictione transire, hæc non item. *ibid.*
Juris variæ significationes. I. 5. b. Propria, quæ huc quadrat. *ibid.* Præcepta tria. I. 7. b. divisio. I. 8. b. Publici nomen. *ibid.* Animalia bruta juris non sunt capacia. I. 10. b. juris accrescendi, inter plures in eumdem usumfructum conjunctos, propria. I. 206. a. Juris Æsdomici ratio: & qualis ex eo jure successio? II. 30. b.
Juris civilis Batavici distinctio. I. 23. a
Jurisconsultorum auctoritas non fuit propriæ αυθεντικὴ. I. 21. a
Jurisdictionis verbum, latius sumptum, etiam ad specialiter concessa referri posse.

Juris

Juris non scripti, quanta, & unde auctoritas? I. 21. b. Juris Scabinici ratio; & quo fundamento nitatur? II. 39. b
Jurisprudentia media, quæ? II. 21. b. Jurisprudentiæ subjectum, ejusque considerandi modus. I. 6. b
Jurisprudentiæ veteris contra accusationem Triboniani defensio. II. 21. b
Jus accrescendi an testator prohibere possit? I. 312. a
Jus civile, in genere. I. 12. b
Jus gentium, quid, & unde æstimandum? *ibidem*. Ejus distinctio, in primævum, & secundarium. I. 13. b
Jus in definitione actionis quæ significet? II. 236. a
Jus naturale, seu gentium, primævum, & immutabile. I. 22. b. Eam immutabilitatem præcipue apparere in communibus notionibus. I. 24. b
Jus personæ, & status, sive conditio, quomodo differant, I. 25. b. Jus sanguinis, quot modis dicatur? I. 86. a
Jus vitæ & necis in servos, non omnes gentes usurparunt. I. 40. b
Jusjurandum calumniæ, quid sit? II. 358. a
Jusjurandum advocatorum & procuratorum, in singulis causis. *ibidim*. b. Et circa hæc mores hodierni. II. 369. a
Justitia, non est potentia naturalis, sed habitus. I. 6. a
Justitiæ distributio, in universalem, & particularem I. 4. b. An ea necessaria? *ibid.*
Justitia particularis, ejusque species. I. 5. b
Justitia commutativa non semper respicit proportionem arithmeticam, nec distributiva geometricam. 6. a. Disciplina civilis spectat etiam justitiam universalem. *ibid.*

L

LApis pro miliario; & unde ea appellatio? I. 115. a
Latini liberti quo jure fuerint? I. 34. a
Legari a legatario cur olim non potuerit, & an hodie possit? I. 451. a
Legari quæ res possint, aut non possint? I. 382. a Rem alienam legari, nil vetat. I. 386. b. Quid juris, si res communis legata? 387. a. Effectus legati rei alienæ. I. *ibid.* b
Legatum rei, commercio simpliciter exemptæ, inutile, item ejus, quæ ædibus juncta. I. *ibid.* Quid si res legata exempta commercio certæ personæ? 388. a. Quid si feudum legatum? I. *ibid.* b
Legatum rei alienæ, nisi singulari conjectura adjuvetur, cur demum valeat, si testator sciverit, alienam esse? *ibid.*
An Legati mandata Principis vel populi præcise debeant sequi? II. 261. a
Legata ante hæredis institutionem relicta, cur olim inutilia? I. 426. a
Legata & fideicomm. a Justiniano primum exæquata. I. 484. b. Eis communia jure veteri. I. 451. b
Legata relicta civitatibus, collegiis, pauperibus. I. 417. b
Legatarii & fideicommissarii particulares, cur ad testimonia testamentaria admissi? I. 271. b. Divinatio quorundum circa hoc improbata. *ibid.*
Legatarii, & creditores, quatenus cum hærede agere possint, consumpta portione restituta? I. 448. a
Legati vindicationis, & damnationis differentia, & sublatio. I. 383. a
Legatorum onus ad solum fideicommissarium pertinet I. 446. b. Natura stricta, & cancellis circumscripta. I. 384. b. Genera. I. 382. a
Legatum nominis: & quid eo contineatur? I. 411. b
Legatum nominis extinguitur, si testatore vivo debitum exactum, aut ultro solutum. *ibidem* b. Admitti tamen probationem non mutatæ voluntatis I. 412. a
Legatus omnium bonorum ususfructus, an valeat, alio hærede post mortem legatarii instituto. I. 315. b
Legatum, post mortem hæredis aut legatarii relictum, olim non valebat: in tempus mortis relictum, contra: & cur tam varie? I. 384. b
Legatum, quo debitor creditori legat quod debet, non valet, nisi amplius sit in legato, quam in debito: & quot modis accidat, ut plus sit in tali legato? I. 403. a
Legatum rei pignori obligatæ, legato rei alienæ simile. I. 389. a. b
Legatum rei, quæ in rerum natura nondum est, an purum sit, an conditionale? I. 391. b
Legatum rei, quæ legatarii propria sit, inutile, nec convalescere, ea postea alienata. I. 399. a
Legatum, unde dictum? I. 381. a
Lege regia jus omne populi privative in Principem translatum. I. 18. a. Lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse. I. 438. a. Accurata in hoc legis caput inquisitio. I. *ibid.* b
Legem condere non potest populus alterius imperio subjectus. I. 12. a
Leges quibus Comitiis a quibus magistratibus latæ? I. 16. a
Leges Furia, Voconia, Falcidia, quo sensu dicantur testatorum gratia latæ? I. 431. b. Hæredum potissimum causa. 432. a. Quid a quo cautum singulis? *ibid. & seqq.*
Legis 12. Tabular. verba, *uti quique legassit suæ rei*, exposita. I. 432. a. Legis varia significatio. I. 19. b
Legitima portio quid? I. 362. b. Auctio hujus portionis num ad parentes quoque & fratres pertineat? 363. a. An, ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli? *ibid.* a. Si minus legitima relictum, qua actione quod deest, petatur, novique & veteris juris differentia. I. *ibid.* b. Actio ad supplementum in quibus differat a querela? 364. a. Legitima hodie titulo institutionis relinquenda. I. 366. b
Legitimæ & quartæ Trebellianicæ deductio juxta cap. *Raynutius*. I. 445. b
Legitimati an ad feudum admittantur? II. 3. b
Legitimatio, & ejus objectum. I. 60. a
Legitimatio per oblationem curiæ, usu recessit. *ibidem*.
Legitimatio per subsequens matrimonium, sine dotalibus instrumentis non procedit: secus jure canonico, & moribus. I. *ibid.* b
Legitimatio per scriptum Principis. I. 61. a
Lex Aquilia. II. 216. a
Lex quando obligare incipit? I. 15. a
Lex Voconia. II. 20. b
Liberationis legatæ quis effectus? I. 404. a
Liberorum appellatione omnes veniunt, qui ex nobis descendunt. I. 81. a
Libertatis directæ, & per fideicommissum datæ, differentia, an sublata? I. 453. a

Liber-

Libertatis quæstio inter quos vertatur? II. 268. b
Libertini ingenuis exæquati, & a quo? I. 35. b
Libertinus & libertus, quid differant? I. 33. b
Libertus centenarius. II. 50. a
Limitati agri jus alluvionis non habent. I. 139. b
Litteræ olim chartæ, hodie charta litteris cedit. I. 157. a
Litterarum obligatio. II. 136. a. An recte sic appelletur? II. 137. b
Litis contestatio, quid sit? II. 362. b. An aliquando a parte rei per affirmationem inducatur. *ibid.* Ejus effecta. 363. a
Litteras scire, aut nescire, quid? I. 110. b
Locatio, & emptio, unde quibusdam in casibus dignoscantur? II. 160. b
Locatio, quid, & quotuplex? tum, quæ res aut facta locationem recipiant? II. 154. a
Locationis & emptionis communia. II. 153. b. In locatione operarum diverso respectu idem & locator & conductor dicitur. 154. a. Singularia quædam circa locationes agrorum apud Batavos. II. 155. a
Locationi factæ a venditore emptor stare non tenetur. II. 163. a

M

MAcedonianum Senatusconsultum. II. 302. a
Maleficia omnia quo sensu dicantur ex re nasci? II. 200. a
Mandatum, quid. II. 171. a
Mandati variæ divisiones. *ibid.* b. Quid differat a consilio? II. 174. a Consilium tale, instar mandati esse, si quis alicui suaserit, ut pecuniam credat certæ personæ. II. *ibid.* b
Mandatum incertæ rei an & quando valeat? II. 172. a
Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem. II. 174. a. De excedente fines mandati quædam non trita. II. 175. a
Mandatum cur solvatur revocatione mandantis? II. 177. a. Cur morte utriusque? II. *ibid.* b. An morte mandantis finiatur, cum mandavit quid fieri post mortem? *ibid.* Casus quibus mandatario post mortem mandantis implenti mandatum actio datur. 178. a. Cur mandatum solvatur renuntiatione mandatarii? II. *ibidem.* b. Quid si intempestive renuntiet? 179. a. Qualis culpa in mandati judicio veniat? *ibidem.*
Mandatum non vitiatur constitutione honorarii: nec datur tamen de ipso honorario mandati actio. II. 180.
Manumissione servi alieni legati hæres ita liberatur, ut nec æstimationem debeat; & quid si res legata evicta? I. 406. a. Quid si hæres proprium servum, a se legatum ignorans manumisit? *ibidem* b
Manumissionis species. I. 32. b. Manumissio vindictæ. I. 33. a
Mariti in bonis uxoris quæ moribus hodiernis potestas? I. 116. a
Materiæ dominium non amittit, cujus ex materia in alieno solo ædificatur. I. 153. b. Materiæ dominus ædificans in alieno, quando proprietatem materiæ amittat? 154. a. Materiæ pretium a possessore qua ratione servari queat. *ibid.*
Matrimonia parentum cum liberis incestuosa in summo gradu. I. 135. a
Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos non procedit sine dispensatione. I. 61. b
Matris & avi materni præteritio vim exhæredationis habet. I. 304. b. Etiam jure novissimo. 305.
Merces locationis an consistere possit in alia re, quam pecunia numerata? II. 156. b
Miles etiam pro parte testatus decedere potest. I. 311. a
Milites capite damnati an & quatenus jure militari testari possint? I. 281. a
Militis testamentum an subjaceat querelæ inofficiosi? I. 302. b
Militibus testantibus in expeditione remissa omnia, quæ subtilitatem magis quam naturalem rationem habent. I. 277. a. Causa cujus privilegii. *ibidem.* in hybernis, &c. locatos tale privilegium non habere. I. *ibid.* b
Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem. I. 342. b
Minor 25. annis procurator idoneus alienæ litis. I. 38. a
Modi acquirendi jure civili singulares. I. 212. b
Mores hodierni circa capturam ferarum. I. 137. a
Mutiana cautio, & an ea quoque locum habeat in contractibus? II. 96. b
Mulierem præferri anteriorem hypothecam habentibus, & expressam, *iniquum videtur*: & quid? II. 281. a *Et si liberi*, &c. II. 283. b
Mulieres cur arceantur e testimoniis testamentariis? I. 265. b
Mutui etymon. II. 79. a
Mutuum an sit species alienationis? I. 240. a
Mutuum non confirmari consumptione facta mala fide. *ibidem.* b. Nummi quando consumpti intelliganrur? I. 241. a. Si mala fide consumpti, quæ tunc actio? *ibidem.* b
Mutuum quid? II. 77. a. Materia mutui. *ibid.* Cur mutui datio tantum consistat in rebus consumptibilibus? *ibid.* Forma mutui propria. II. *ibid.* b. Singularia in mutuo recepta. *ibid.* Finis & effectus. *ibid.* Debitorem posse eam rem, quam mutuo accepit, in specie reddere. 78. a

N

NAti ex concubina non magis, quam vulgo quæsiti, jus agnationis habent. II. 35. a
Nati ex damnato coitu, omnis successionis sunt expertes. *ibidem* b
Naturales liberi quot modis dicantur? *ibidem.*
Naturalis omnis obligatio ipso jure nudo consensu tollitur. II. 198. a. Item re integra & civilis nudi consensus, & honoraria pignoris. *ibid.*
Navis levandæ causa quæ ejiciuntur, pro derelicto non haberi. I. 179. b. circa res ejectas aut naufragio perditas quid juris cum olim, tum hodie? 180. a
Negotiorum gestio quale factum? II. 182. a. Actio ex gesto directa cui detur, cui item contraria, quid utraque contineat? *ibid.* Cujus culpæ nomine negotiorum gestor teneatur? *ibid.*
Nepos ex filio naturali an per subsequens matrimonium avi defuncto patre fiat legitimus. I. 61. a
Nepos post mortem avi conceptus & natus non potest avo suus hæres existere. II. 8. b. Nec bonorum possessionem tanquam cognatus accipere. II. 9. a

Nepo-

Nepotes ex diverſis filiis, etiam ubi ſoli ſunt, ſtirpes familiam erciſcere. II. 6. b
Nomen quo effectu a creditore alienetur? II. 243 a
Nominum propiorum differentia ſubtilius, quam vulgo, explicata. I. 421. a. Error in nomine legatarii non vitiat legatum. *ibid.* b. Error in nomine proprio rei legatæ non vitiat, in appellativo contra. 422. a. Quid ſi teſtator rem oculis ſubjectam alieno nomine appellaverit? I. *ibid.* b
Notarii publici an ſtipulando alteri acquirant: & quid juris hodie? II. 199. a
Novatio quid, quæ in ea neceſſaria? II. 195. b
Novationis effectus. II. 196. a. Quot modis novatio fiat? *ibid.*
Novatio, quæ fit per litis conteſtationem, & quid differat a voluntaria? *ibid.*
Novatio quando fieri intelligatur, ſi ab eodem debitore quis ſtipuletur? *ibidem*. Quid circa novationem novo jure inductum? ubi multa notabilia. II. 197. b.
Novales Actiones an recte inter arbitrarias numerentur? II. 387. b
Noxa, noxia: noxæ dedere. II. 312. b. 313. a & b
Nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi poſſunt. II. 78. a. Aucto aut diminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea æſtimatione, quæ eſt, cum ſolvuntur. *ibid.*
Nummos recte numerari inter res corporales. I. 181. a.
Nuptiæ comprivignorum licitæ. I. 56. b
Nuptiæ fratrum & ſororum interdictæ, etiam jure divino, & moraliter. I. 51. a
Nuptiæ quatenus prohibitæ in linea tranſverſa inæquali? & an huic prohibitioni conſentanea lex divina? I. 61. a
Nuptiæ conſobrinorum civili & divino jure licitæ: ſecus jure Canonico. *ibid.* b
Nuptiarum prohibitio inter affines lineæ rectæ. I. 54. b. Lineæ tranſverſæ. *ibid.* Inter affines tranſverſæ lineæ interdicta, Lev. 18. an moralia. 55. a
Nuptiarum perfectio, nihil præter legitimum conſenſum deſiderat. I. 43. a

O

OBligatio naturalis nudo conſenſu tollitur. II. 198. a
Obligationes, quæ re contrahi dicuntur. II. 76. a
Obligationum ſumma diviſio. II. 69. b
Obligatio naturalis. *ibidem*.
Obligationes naturales non omnes eumdem effectum jure civili habere, & quæ qualem habeant? II. 70. a
Obligatio mere civilis. *ibid.* b.
Obligatio mixta. *ibid.*
Officium jus dicentis aliud, quam officium judicis: & in quibus utrumque conſiſtat? II. 361. a
Oleum. *Vide* Frumentum.
Operæ ſervorum vix eſt, ut ſervitutibus perſonalibus annumerentur. I. 195. a
Optionis & electionis legatum idem eſſe. I. 415. b
Differre a legato generis & alternativo. 416. a
Optionis legatum habuiſſe olim conditionem cohærentem perſonæ legatarii. *ibid.* b
Orcini liberti, & numquid juris in eos familiæ? I. 453. a
Orficiano Senatuſconſulto filius & filia ad matris ſucceſſionem vocantur, non item nepos & neptis ad ſucceſſionem aviæ. II. 31. a. Quod poſtea mutatum. II. *ibidem*. b. Ex eodem ad matris ſucceſſionem admittuntur & ſpurii. Quid moribus hic receptum? II. 32. a
Ordinis beneficium quale ſit, & quid quibus tribuat? II. 141. a. Non pertinet ad fidejuſſores judiciales. *ibid.*

P

PActa hodie etiam actionem parere juxta ſcita juris Canonici. II. 74. b
Pactum de quota litis jure improbatum. II. 180. b
Pactum nudum quid, & cur ex eo jure civili non detur actio? I. 75. a
Pacta legitima & in continenti adjecta. II. 74. b. Ex continenti adjecta an inſint ex parte actoris in contractibus ſtricti juris? *ibid.* b
Pœna conſtituta in eos, qui plus quovis modo petunt. II. 292. b
Pœnæ nomine legare quid ſit? I. 131. a. Cur tale legatum veteribus improbatum? *ibid.* a. b. Cur probatum Juſtiniano? *ibid.*
Pœnæ ſtipulatione incertitudini obligationis occurri. II. 100. b. An per ſubjectam pœnalem ſtipulationem præcedens obligatio novetur? *ibid.*
Pœnalem ſtipulationem valere, quamvis inutili ſubjecta ſit. II. 126. a. Pœnam committi etiam ei, cujus nihil intereſt. *ibid.* Pœna debetur, quantacumque promiſſa. II. *ibid.* b. Quoties ſtipulantis intereſt alteri dare, ſtipulatio alteri facta valet. 127. b
Partum ancillæ cur placeat in fructu non eſſe. I. 166. a
Parentibus quo jure alimenta debeantur? I. 11. a
Pater quo jure olim, ut pater ſucceſſerit filio? II. 26. a
Patria poteſtas quo ſenſu propria civium Romanorum? I. 45. b. Qualis ea olim, poſtea, & hodie? 46. a
Patricii genere ſemper a plebejis diſtincti, non ordine. I. 16. b
Patricii qui olim, qui poſtea dicti? I. 70. b
Patris jura quibus modis apud nos ſolvantur? I. 74. b
Patroni, & parentis manumiſſoris comparatio. I. 73. a
Patroni, parentes &c. ſine venia in jus vocari non poſſunt: item hujus jutis ratio. II. 266. b. Et circa id mores hodierni. II. 267. a
Patronos lex 12. Tabular. non alio jure cenſuit, quam agnatorum. II. 41. a
Patronum ab adoptivis excludi cur magis iniquum viſum, quam patrem, fratrem, &c. *ibid.*
Pavones & columbæ omnes generis feri. I. 136. a. De peculio quando actio in patrem non datur? II. 233. b
Peculio legato, quod vivo teſtatore accedit aut decedit, cujus lucro vel damno ſit. I. 409. b. Quid ſit poſt mortem teſtatoris? 410. a
Peculio pagano adventitio cum caſtrenſi communia. I. 286. b.
Peculium filiifamiliæ quid ſit: quot ejus ſpecies: & quid ſingulæ? I. 245. a Adventitii peculii proprietas primum quibuſdam in bonis, poſtremo generaliter filiofamil. conceſſa, uſufructu parti relicto. I. *ibid.* b. Quibus caſibus plena hic proprietas filio acquiratur? & quid circa hæc moribus noſtris & Gallorum. 246. a

Pecuniæ appellatione res omnes continentur. I. 183. a
Pecuniæ signatæ usus perantiquus. II. 148. a
Permutationis & commodum rei venditæ ad quem pertineat emptione perfecta? II. 150. a. Quid juris apud nos ex constitutione Caroli V. II. 151. b
Petitoris in actione rescissoria intentio. II. 256. a
Picturæ cur tabulam cedere placeat? I. 158. b. Domino tabulæ adversus pictorem quomodo succurratur? I. 159. a. In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus? *ibid.* b
Pignoratitia actio quando nascatur? II. 87. a. Quid differat ab hypothecaria? *ibid.* Ad quid creditor pignoratitius teneatur? *ibid.*
Pignora in vicem satisdationis quando admittantur? I. 104. a.
Pignoris varia significatio. II. 99. b. Pignus contrahi etiam sola conventione. *ibid.*
Pignoris vendendi formam a Justiniano præscriptam hodie non observari. I. 197. a. Etiam cum convenit; ut pignus distrahere liceat, unam saltem denuntiationem requiri. *ibid.* b. Et quid juris si solutio sub die non facta. *ibid.*
Pignus inter & hypothecam, nihil interesse, quantum ad actionem hypothecariam. II. 260. b. Inter pignus & hypothecam quid proprie intersit secundum usum juris? II. 261. a
Pignus persequenti creditori quarum rerum probatio incumbat? II. 259. a
Piscandi jus in flumine quo sensu dicatur commune? I. 125. b
Pisces in alieno stagno capti cujus sint? I. 136. a
Polygamia nunquam in foro conscientiæ licita fuit. I. 55. a
Portus, *vide* Flumina.
Posthumi alieni servus cur recte institui hæres potuerit, ipse non potuerit? I. 308 a
Posthumi qui proprie dicantur: & qui improprie seu quasi posthumi? I. 297. a. Qui ex his agnascendo, qui succedendo testamentum rumpant? *ibid.* Cur nepti quasi posthumæ plus tributum olim, quam filiæ? I. 298. a. Jus antiquum circa institutionem & exhæredationem posthumorum. *ibid.* Quid Gallus circa nepotis posthumi institutionem introduxerit? *ibid.* Quid lex Velleja? I. *ibid.* a
Posthumi similes incertis personis. I. 419. a
Posthumi sui & alieni. *ibid.*
Posthumus alienus quo sensu dicatur olim hæres institui potuisse? I. 420. a
Posthumorum appellatione venire omnes liberos nascituros. I. 81. a
Postliminio reversus quando quis intelligatur. I. 71. b. Quæ res postliminio recipiantur, & quid juris hodie. *ibidem*. Origo vocis postliminii. I. 72. a
Possidere quid sit in argumento usucapionis? I. 217. a
Possessionem legitimi temporis ad usucapionem definiti continuam requiri. *ibid.*
Possessionis interruptio, ejusque effectus. I. 222. b. Etiam alienæ possessionis accessione uti licere ad implendam usucapionem. 223. a. Possessionem justam defuncti prodesse hæredi etiam scienti rem alienam esse injustam, nocere etiam ignoranti. *ibidem*. b.
Possessionis accessione auctoris sui quando successor particularis utatur? I. 234. a
Possessio cur per extraneam personam acquiri possit, jus aliquod non possit? I. 335. a. Per consequentiam adeptæ possessionis etiam dominium nobis acquiri. *I. ibid.* b. Vel conditionem usucapiendi, sed demum postquam scientia intervenit. 336. a
Possessio rerum hæreditariarum nec suis hæredibus continuatur. II. 4. b
Possidere quid proprie sit? I. 329. b. Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis, quæ a Justiniano sublata. 330. a. Etiam sola animo possessionem retineri. *ibid.* Acquirendam possessionem & animo opus esse, & simul aliquo actu corporali. II. 332. a. Quibus modis possessio amittatur. *ibid.*
Possidere pro hærede prove possessore quis dicatur in interdicto? Quorum bonorum, & alia nonnulla scitu digna. II. 330. a
Possessor bonæ fidei qui in alieno ædificavit, qua ratione pretium materiæ & impensas consequatur: I. 154. a. Quid juris in malæ fidei possessore? 155. a.
Possessor bonæ fidei fructus perceptos suos facit. II. 76. a. Consumptos lucratur, extantes omnes restituit. I. 163. a. Praxis. I. *ibidem* b. Ratio hujus juris. I. 261. a
Possessor bonæ fidei quis sit? 160. b. Quid si postea cognoverit rem alienam *esse*? I. 161. a
Possessor *bonæ fidei* an domino servum vindicanti restituere debeat, quod ex operis servi paratum extat? I. 250. a
Possessorii cum petitorio. cumulatio. II. 330. a. Qui possessores quos fructus restituere debeant? II. 366. a
Non possidenti nullam eo nomine actione dari. I. 154. a
Possessor malæ fidei nullos fructus percipiendo suos facit, aut consumendo lucratur. I. 163. b
Possessores prædiorum provincialium quale jus olim habuerint? I. 173. b
Potestatis vocabulum in magistratu. I. 119. a
Prædia eorumque jura cum effectu juris considerata nunquam loco distinguuntur. I. 187. b
Præjudicialis actio, quid, quotuplex, & unde sic appelletur? II. 268. a. Cur actionibus in rem annumeretur? II. *ibid.* b
Prælegatum dotis jure antiquo semper plus habuit, quam dotis obligatio. I. 404. b. Ac idem adhuc jure novo. *ibidem*.
Præscriptio non currit adversus agere non valentem. II. 255. a.
Præscriptio moratoria, & aliæ dilatoriæ. I. 19. a. & *ibidem*. b.
Præscriptio quadriennii fiscalis, nec olim cognita, nec canonibus aut moribus præcepta. I. 220. b. 325. a.
Præsumptio duplex pro instrumento. II. 124. b
Præterita filia & nepotibus in potestate existentibus, quid olim juris? I. 292. b. Quid præteritis posthumis? 294. b. Quid præteritis emancipatis? I. 303 a Quid præteritis adoptatis? *ibid.* b. Quid novi circa hæc introduxerit Justinianus? *ibid.*
Præteritis a patre liberis, an legata beneficio novæ legis conserventur? I. 357. b
Præterito filio, qui in potestate est, testamentum jure civili nullum esse: unde quatuor consectaria. I. 376. b. An tale testamentum prorsus inutile etiam jure Prætorio? I. 378. a

Prætextatus sermo, II. 225. b
Prætor circa successiones ab intestato quomodo jus vetus emendarit? II. 55. a
Prætor hæredem facere cur non possit? II. 66. a
Prætori unde, & qualis condendi juris potestas? I. 20. a.
Processus judiciarii partes. II. 361. a
Princeps quatenus de bonis subditorum disponere potest? I. 42. a
Principes an & quatenus legibus soluti? I. 363. a
Privilegiorum usus rarius in statu Democratico. I. 19. a
Probatio negativæ, arctatæ loco & tempore. II. 123. a
Procurator, & officium ac potestas, maxime hodie, &c. II. 317. b
Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato. II. 319. a
Procuratorum distinctio vulgata, in simplices, & cum libera, late improbatur. I. 176. a
Prodigus, qui facto ipso talis, an is demum, cui simul interdicta rerum administratio? I. 102. a. Non potest testamentum facere. I. 280. b
Promittens metu, licet coactus, obligatur, & quare? II. 318. b
Ptofanum, & unde dictum? I. 129. a
Provincialium qui vectigales, qui stipendiarii? I. 173. b
Pubertatis in masculis ex annis etiam olim æstimatio. I. 96. a
Puberum minorum 25. annis obligatio. II. 121. a
Publicianæ actionis introducendæ causa. II. 253. b cur ut competat Publiciana, necesse sit rem traditam esse: & an aliquando competat re nondum tradita? II. 257. a. An & de rebus incorporalibus? ubi & de bona fide, &c. II. 253. a. An etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari queat? *ibidem*.
Cur requiratur, ut possessio amissa sit, & amissa casu? *ibid.* Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio? *ibid.* b. Adversus quem detur: quid ei obstet: tum quis ejus exitus? II. 254. b
Pupillariter substituere pater non potest, multo minus mater, liberis emancipatis. I. 326. a. Nec nepoti in potestate constituto, quem pater antecedit. I. *ibid.* b. An ut valeat substitutio pupillaris, sufficiat liberos in potestate esse tempore mortis? *ibid.* Vulgari casu expresso etiam pupillarem contineri. 127. a. An & ex converso. I. *ibidem*. b.
Pupillo, in quem solutio collata recte solvi. I. 127. a. Debitorem, pupillo sine tutoris auctoritate solventem, non liberari, licet dominium transferat. *ibid.* b
Pupillus, aut minor, non restituitur beneficio ætatis adversus solutionem factam secundum Constit. Justin. I. 243. a. Quid si nummos ita solutos salvos habeat? *ibid.* b. Si pecunia, quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit, perierit, utrius futura sit jactura? I. *ibidem*. b

Q

QUarta D. Pii totorum bonorum, an portionis ab intestato debitæ quarta pars sit, & num etiam hæc aucta. I. 66. b
Querela cur etiam parentibus detur, & quibus, quando? I. 359. a. Quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes, contra rationem juris videri. I. 18. b. An jure novissimo fratres cum parentibus ad querelam admittendi? *ibid.* An fratres uterini cum consanguineis debeant concurrere? 19. a
Querela inofficiosi testamenti quando liberis exhæredatis aut præteritis necessaria? I. 354. b. Quando posthumis? I. 361. b
Querela inofficiosi utrum sit actio, sive petitio? an remedium aliquod ab actione separatum? I. 357. a
Querela non datur iis, qui alio jure venire possunt. I. 361. a. Parenti manumissori cur detur, cum contra tabulas petere possit. *ibidem*.
Querelæ inofficiosi cur colorem dementiæ veteres prætexuerint, & num idem adhuc hodie? I. 357. b
Querelæ inofficiosi renuntiare videri, qui judicium defuncti agnoscit: & in universum de effectis agnitionis, & oppugnationis judicis defuncti, cum collatione juris veteris & novi. I. 364. b
Quasi contractus quid sit? II. 180. b. Obligationem ex quasi contractu non esse ex tacita conventione. *ibid.* Tacitum cum ficto expressum cum vero perperam confundi. II. 181. a
Quasi ex contractu hæres legatariis proprie obligatur, non creditoribus hæreditariis. I. 185. b
Quasi maleficium, quid? II. 229. b

R

RApinæ pœna. II. 211. b. Pœna rapinæ, quæ privatis applicatur, &c. exolevit. 212. a
Recipere, quid? II. 261. b Actionis receptitiæ & constitutoriæ discrimen. *ibid.*
Regula, *Quod semel utiliter constitutum est, durat, licet ille casu extiterit, unde incipere non potuit*, quando locum habet, & quando contraria? I. 290. a
Regulæ, *Neminem posse rogari, ut plus restituat quam ipse cepit*, declaratio. I. 459. a
Religiosus locus ut fiat, quæ necessaria? I. 129. b
Remedium *l. ult. Cod. de edict. D. Hadriani* tollendo. II. 101. a
Reorum duorum debendi, & promittendi, &c. II. 101. a
Rerum communium usus omnibus competit. I. 124. a Quatenus harum rerum quid occupari, quod effectu possit? *ibid.* b. Quatenus differant ab his, quæ nullius sunt communi usui non attributa? 125. a. Rerum immobilium translatio quid jure Batavorum desideret? I. 175. b
Res omnes aut in bonis nostris sunt, aut extra bona, tertium genus non datur. I. 123. a
Res sacræ, & persona consecrantis. I. 128. b
Rescindentis & rescissorii judicii commentum. II. 254. a
Rescripta contra jus elicita, & preces sub & obreptitiæ. I. 19. a
Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis, ubi & alia. 254. a. Adversus eum qui præsens rem absentis usucepit. II. 255. a. Restiturio adversus usucapionem an detur ex sola causa ignorantiæ? *ibid.* Restiturio & recessio ex edicto? Quæ in fraud. cred. II. 243. a
Retentio rei dotalis quibus ex causis marito olim concessa, & quid postea hic novi? II. 294. b
Retentio extra causam dotis. *ibid.*
Reus quid & unde dictus? II. 101. a. Duo rei stipulandi.

landi. II. 101. b. Duo rei promittendi. *ibidem*. b. Duo rei debendi non aliter nunc fiunt, quam si id specialiter actum. *ibid.* Jure novissimo iis competere beneficium divisionis, non tamen in foro mercatorum. II. 102. a
Solutione, aliove modo, qui vice solutionis sit, promissore ab uno e reis credendi liberato, totam tolli obligationem. *ib.* b. Uno e duobus reis promittendi solvente, &c. omnes liberari. II. 103. a
Ripa quid sit? I 126. b
Ripæ non sequuntur conditionem fluminis, ut litora maris. *ibid.*
Roma olim commune forum. II. 226. b

S

SAbiniano Senatusconsulto quid cautum? II. 14. a
Sacra privata. I. 129. a
Sancti appellatio quam late pateat I. 130. b. Inter sancta an recte portæ numerentur. 137. a
Satisdatio tutorum apud nos qualis? & nonnulla alia. I. 105. a
Satisdationum modus & usus hodiernus. II. 321. b
Satisfacere & solvere, item fidejubere & expromittere quomodo differant? I. 175. a
Scriptura non pertinet ad essentiam legis. I. 15. a
Senatusconsulti Macedoniani scopus. II. 202. b. *& seq.*
Senatusconsulto Trebelliano quæ incommoda causam dederint? I. 441. a. Quæ *Senatusconsulto Pegasiano*? I. *ibidem*. b. Hoc Senatusconsulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommissa hæreditatis. 442. a. Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputantur. *ibidem*. b. Hæres qui ultro totum, quod rogatus est, restituit, an solus onera subeat ex Pegasiano. I. 442. b. Caput Senatusconsulti de cogendo nolentem adire. 444. a
Senatus juris condendi potestatem quando, & unde acceperit. I. 17. a
Senatusconsulto Tertylliano matri ter aut quater enixæ liberorum delata legitima hæreditas. II. 47. a. Qui matri prælati ex eo Senatusconsulto? *ibid.* Jus novum circa matris legitimam successionem liberorum vulgo quæsitorum. *ibid.*
Sententia sine certa quantitate prolata cur non valeat? II. 289. a
Sententiæ certitudo unde metienda? *ibidem*. Etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam. II. *ibidem*. b. Quibus casibus certa sententia ferri nequeat. *ibid.*
Sententiæ nullius momenti quæ, licet injustæ, valeant, & quid circa hæc in Belgio. II. 362. a
Sepulchra privata antiquorum, & hodierna. I. 129. a
Servi quomodo a dominis tractandi. I. 41. a
Servi pœnæ qui? I. 70. a. Servitus pœnæ sublata. I. *ib.* b
Servi in his regionibus nulli. I. 28. a
Servi cur nobis etiam ignorantibus & invitis acquirant. I. 247. b. Cur hinc excipiatur hæreditas? *ib.* b. An possessio per servum domino ignoranti acquiratur ex quacumque causa. I. 248. a
Servitus quo sensu dicatur contra naturam esse? I. 27. b Voluntaria in servitutem datio. I. 29. b
Servitus prædii quid sit, quid ea requirat? I. 183. b
Servitus commune prædio ab uno neque constitui neque acquiri potest. I. 196. a. Ad constituendam servitutem non sufficit sola pactio. *ib.* Ultima voluntate constituitur ipso jure. I. 193. a. Per usum ac possessionem nostram quomodo capiatur. *ibid.*
Quibus modis amittatur. I. 194. a
Servitutes stillicidiorum & fluminum. I. 197. b. Jus altius tollendi sitne servitus? 198. a
Servitutes tigni immittendi & oneris ferendi sunt distinctæ, item projiciendi protegendi. I. 188. a
Servitutes prædiorum omnes perpetuam causam habere debent. *ibid.*
Servitutes altius non tollendi, luminum, & ne luminibus officiatur, an differant. I. 190. b. Aquæ haustus; pecoris ad aquam appulsus, an inter servitutes prædiorum recte numerentur. 191. a
Servitutum personalium species. I. 195. a
Servo proprio hærede instituto, quis circa acquirendam hæreditatem effectus. I. 290. a. Quid circa idem instituto servo alieno. I. 307. a
Servo hæredis cur pure inutiliter legetur. I. 307. a Cur domino hæredis utiliter? 325. b
Servo alieno qui patersam. credebatur, instituto, hæreditas ex æquo dividitur inter substitutum servi & dominum. I. 324. a
Servus fructuarius cui acquirat, si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarii. I. 249. a
Servus fructuarius contemplatione fructuarii hæres institutus, jussu fructuarii hæreditatem adire debet. *ib.*
Servus proprius *simpliciter* tutor datus directo liber fit. I. 79. a
Sestertius & sestertium, an idem valeant? II. 50. a
Societas quid, quarum rerum, & quando & quomodo? II. 163. a. Species societatis subjectis distinctæ. II. 164. a Universorum bonorum societas, & ejus effecta. *ibid.* Inter conjuges moribus Belgii. *ib.* Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit. *ibid.* Si de partibus societatis nihil convenerit, partes in lucro & damno æquales esse. II. 165. a. Si partes expressæ, hæ servandæ, qualiscumque collatio sit. *ib.* b. Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur. II. 166. a. Quid si convenerit, ut unus lucri sit particeps, damni immunis. II. *ibid.* b. Si una tantum causa, puta in lucro, pars expressa, in altera eadem servari debet. 167. a
Societas unius e sociis renuntiatione solvitur. II. *ibidem*. b. Quibus ex factis renuntiatio tacite arguitur. *ibid.* Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat. 168. a. Solvi societatem etiam morte unius a pluribus & quo id pertineat? II. *ibid.* b. Ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio societatis exigatur? II. 170. b
Solemnitates quatenus quibus in testamentis paganorum remissæ? I. 163. b. Quatenus jure Canonum & multorum moribus. *ibid.*
Solutio quid proprie? II. 190. a. Aliud pro alio invito creditori solvi non posse. *ibid.* b. Exceptiones hujus regulæ. *ibid.* An justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur? II. 190. b. Licere unicuique pro debitore solvere, etiam ignorante & invito. II. 191. a. Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere, & quid si alius pro emphyteuta canonis solutionem offerat. *ibid.* b. Fidejussore pro reo simpliciter solvente, utrum ipso jure reus liberetur, an per exceptionem? *ibid.*

Sortis judicium apud veteres frequens. I. 383. a
Species, *vide* Genus.
Species nova non acquiritur facienti, nisi eam fecerit suo nomine, & bona fide. I. 145. a
Specificatio pertinet ad modos acquirendi per occupationem. *ibid.* Circa specificationem Proculi & Sabini dissensus. I. 146. a. Media sententia qua ratione nitatur? *ibid.* b
Sponsalia, eorum genera & effectus. I 44. b
Sponsores, vades, prædes. II. 129. a
Spurii pro turpibus personis habendi. I. 360. a
Status controversiam quis pati dicatur? I. 112. a
Statuta qui, qua conditione condere possunt? I. 12. a
Stipendium & tributum an differant. I. 174. a
Stipulatio quid sit? II. 88. b. Stipulationum usus quam varius. 89. a
Stipulatio non habet certam & determinatam naturam. *ibid.* b. Stipulationis vera originatio. II. 90. a. Ad substantiam stipulationis quæ adhuc requirantur. *ibid.* b. Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi. II. 91. a. Ex pura stipulatione statim agi potest. II. *ibid.* b
Stipulatio non valet, in quam res deducta est, quæ non est, nec nunquam fuit. Ubi de hippocentauris. II. 109. b. Quid si deducta res, quæ esse desiit? *ibid.* Quid si, quæ non sit in commercio? II. 110. a Quid si stipulator sciat non esse in commercio? *ibid.* b. Quid si ille ignoret, promissor sciat? *ibid.* Quando stipulatio utilis earum rerum, quæ secundum quid extra commercium? II. 111. a. De stipulatione rei suæ. *ibid.* Stipulatio extinguitur in casum deducta, unde incipere non potuit. *ibid.* b. An ex contrario iterum restituatur. *ibid.* Res commercio exempta, nec sub conditione in stipulatum recte deducitur. *ibid.*
Stipulatio in alium collata; quid tribuat stipulari. II. 114. a. Quid adjecto solutionis causa. *ibid.* Quid permittat promissori. *ibed.* Quid si adjectus statum mutaverit. *ibid.* b. Quid juris, si conjunctim sibi & alteri stipuletur. II. 115. a
Stipulatio post mortem stipulatoris aut promissoris aut in ante diem mortis concepta cur olim inutilis? II. 123. a. Qua ratione jus vetus mutatum? *ibid.* Stipulatio præpostera. II. *ibid.* b. Post mortem alterius concepta, aut in tempus mortis eorum. 124. a Quid interfit: utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ? II. 125. a
Stipulationes, & obligationes ad hoc comparatæ ut unusquisque acquirat sibi: qui alii stipulatur, nihil agit. II. 113. a. 126. a. Quæ hic cautiones adhibendæ: II. 113. a. Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur. *ibid.* b
Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis. I. 444. a Partis & pro parte. I. 442. b. Cur hæ stipulationes captiosæ. I. 445. a
Stipulationes rem pupilli salvam fore, rem ratam haberi, & duplæ an recte dicantur communes. II. 107. b
Stipulationum judicialium usus. II. 106. a Exempla harum stipulationum. *ibid.*
Stipulationes prætoriæ unde cognoscantur, earum usus & exempla. II. *ibid.* b. Quibus in causis locus ædilitiis. *ibid.* Distinctio stipulationum judicialium & Prætoriarum ad usum fori accommodata. 107. a
Subsidiaria actio quando pupillis detur adversus magistratus. I. 106. a. Qui magistratus ea actione teneantur, & an hodie adhuc in usu. I. 107. a
Substitutio vulgaris in suo hærede non operatur in causam impotentiæ, sed voluntatis. I. 320. a
Substitutio pupillaris unde dicta, & quo aspectu substitutio. I. 125. a
Substitutio pupillaris extinguitur anno quartodecimo aut duodecimo completo. I. 341. a. Si longius tempus comprehensum, an substitutio valeat jure fideicommissi. *ibid.* b. An ad causam fideicommissi trahatur substitutio a pubertate incipiens. *ibid.* Apud Batavos substitutioni pupillari non est locus, & quid de exemplari. I. 442. b
Substitutio exemplaris quo consilio introducta. I. 332. b Quid juris si uterque parens exemplariter substituat. *Ibid.*
Substitutio exemplaris an ad mutos quoque & surdos porrigenda. I. 33. a. Etiam impuberibus, mente captis, qui in potestate sunt, recte exemplariter substitui. *ibid.* b. Si plures sint mente capti, liberi, vel fratres, posse vel unum ex his substitui. I. 334. a An & exhæredatis exemplariter recte substituatur. *ibid.* An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo. *ibid.* b
Substitutionis verbum quam varie usurpetur. I. 317. b
Substitutionis divisio in directam & fideicommissariam. I. 318. a
Substitutionis nomine simpliciter posito intelligi directam, & perfectam hujus definitio. *ibid.* Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi. I. 319. a
Substitutionis pupillaris exhæredato factæ formula. I. 336. b. Substitutio filii exhæredati partem legari non posse, sicut nec ab ipso exhæredato. *ibid.*
Substitutionis pupillaris formula generali soli vocati intelliguntur, qui hæredes nominatim scripti. I. 340. b. Ex eadem formula soli veniunt, qui patri hæredes extiterunt. *ibid.* b. Alius ejusdem formulæ effectus. I. 341. a
Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto. I. 321. b
Substitutus pupillo quando vi formulæ vulgaris admittatur. I. 330. a. Quando vi formulæ pupillaris. *ibid.* b
Substitutus pupillaris excludit hæredes omnes legitimos, etiam matrem. I. *ibid.* b. Etiam quoad legitimam. 331. a. Idem in pupillari tacita. I. *ibid.* b
Succedere in capita quid sit, quid in stirpes? II. 6. b
Succedendi ab intestato ratio ex jure noviissimo, successio liberorum. II. 37. a Successio parentum. II. *ibid.* b. Successio collateralium. *ibid.* b
Succedendi ab intestato ratio apud Batavos. II. 38. a
Successioni in legitimis hæreditatibus cur olim non esset locus. II. 24. a Cur Justinianus admiserit. II. *ibid.* b. Quid sit, quod dicitur, successionem non esse in suis hæredibus, & num id mutatum. *ibid.*
Successionis in stirpes usus initio tantum inter suos hæredes fuit: tum hujus successionis ratio. II. 6. b Quatenus procedente tempore extensa. 7. a. Cur in ea proximior ulteriorem non excludat. *ibid.* Ad successionem intestati qui descendentium lege duodecim Tabularum, & a Prætore vocentur. II. 15. a Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti juri nitatur. *ibid.* b. Quatenus primum *leg. Cod. Theod.* de in *leg. ult. Cod. de suis & leg. lib.* juri veteri derogatum, & alia non trita. *ibid.*
Sui hæredes qui dicantur? I. 369. a. Ratio hujus nomi-

nominis & quædam alia non passim obvia. I. 370. a
Altera horum hæredum qualitas, scilicet necessitas, & quid ea operetur. I. 271. a. Prætor jus suitatis non sustulit dato beneficio abstinendi, sed necessitatem. ibid.
Surdi & muti pro hærede gerere possunt. I. 379. b
Quid si hæreditas delata infanti aut furioso. ibid.
Surdos & mutos natura in malitia lege non posse. I. 280. a.
Suspectu recte postulari etiam apud eum, cui mandata jurisdictio. I. 117. b
Suos hæredes sub alia conditione institui non posse, quam quæ sit in eorum potestate. I. 318. a
Suus hæres an quis existere possit, quo tempore inspiciendum. II. 7. b
Suus hæredes accepto vulgari substituto, ex necessario fit voluntarius, salva qualitate hæredis. I. 319. b

T

TEstamentum an annulo duntaxat signare licuerit, an, & alio instrumento. I. 164. b
Testamenti factio quotuplex. I. 265. b
Testamenta non notis, sed litteris scribenda. I. 273. b
Testamenti scripti. I. 261. b. Mixti ex Prætorio & civili forma. ibid. In testamento scripto non exigi ut testis intelligat sermonem testatoris. ibid. b. Singularia in testamento cæci. I. 290. a
Testamenti factionem cur filiifam. non habuerint. II. 286. a. Cur ne patre quidem consentiente potuerint testari, & quid hic de codicillis & mortis causa donatione. ibid. Circa hæc mores nostri. I. 388. a
Testamenti Prætorii forma. I. 261. b
Testamenti factio sitne juris gentium, an juris civilis. I. 255. a. Liberam testandi potestatem apud multos non esse, nec apud nos de feudis. I. 256. a
Testamento patris non subsistente, & filii nullum esse. I. 338. b. Ideo patrem prius sibi debere testamentum facere. ibid. a
Testamento patris per querelam rescisso, pupillarem substitutionem concidere, cur non item bonorum possessionem contr. tabul. ibid. b. Quid jure hic novissimo. I. 339. a
Testamento scripto cum nuncupativo communia. I. 274. b. Discrepantia. ibid.
Testamentum factum juxta statutum aut consuetudinem alicujus loci, an etiam vim habeat extra illum locum. I. 275. b
Testamentum unius in plures codices referri potest. An testamenta plurium in codicem unum. I 274. a
Testamentum a pagano non rite factum, si is postea militare cœpit, an id jure militiæ valeat sine nova voluntate in castris declarata. I. 282. a
Testamentum in procinctu. I. 259. b. Calatis comitiis. I. 257. a. Per æs & libram. I. 258. b. quando hæc in usu esse desierint. I. 159. a
Testamentum antea factum cur furor postea incidens, &c. non vitiet: capitis deminutio vitiet. 289. a.
Testamentum ut consistat, quænam in persona testantis requirantur. I. 284. a
Testamentum apud hostes factum, jure postliminii non convalescere. I. 291. a. Quid hic juris hodie? ibid.
Testamentum in genere quid sit? I. 254. a. Aliæ testamenti descriptiones examinatæ. ibid. Allusiva & vera testamenti notio. ibid. b. Genera testamentorum. ibid. a
Testamentum ruptum nativitate posthumi præteriti, eo ante patrem mortuo, vires recipere. I. 349. a.
Testamenti postetioris cancellatione restitui prius, cujus tabulæ integræ. ibid. Differentiæ circa restitutionem testamenti irriti facti maxima aut media capitis deminutione, & arrogatione. I. 349. b
Testamentum rite factum nuda contraria voluntate non infirmari, quamvis coram septem testibus declarata. I. 350. a Quid juris sit causa adjecta, *Quia volo decedere intestatus*. I. 351. a. Cur ne novi quidem testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat. ibid. Temperamenta hujus doctrinæ. ibid. b
Testamentum quot modis rumpatur? I. 268. a. Testamento delato, inciso, &c. utrum fisco deferatur hæreditas, an venientibus ab intestato. I. 344. b. An jura de incisione, inductione. &c. agentia pertineant etiam ad testamenta nuncupativa, de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est. ibid. Cur prius testamentum rumpatur per posterius, etiam tabulis integris manentibus. I. 345. a. Etiamsi non re vocetur. ibid. Quid juris, si prius testamentum contineat clausulam derogantem. ibid. b. Quid si ex posteriore nemo hæres extiterit. ibid.
Testamentum destitutum. I. 346. a. II. 3. a
Testandi facultatem natura non habet, quem natura voce & auditu *privavit*. I. 280. a. Quid de his, *qui* casu aut surdi facti, notata simul oscitantia Compositorum. I. ibid. b. Et quid hic jure communi. I. 288. ab
Testandi forma in his regionibus. I. 275.
Testandi facultatem capite damnati olim amittebant, An postea ab eo jure recessum. I. 384. b.
Testandi jure militari privilegium etiam nostri temporis militibus competere. I. 383. b
Testato pro parte & intestato nemo decedere potest, & quam rationem id habeat. I. 310. b. Circa idem mores hodierni. I. 311. a
Testatoris voluntas declarata testamento minus solemni an obliget in foro conscientiæ. I. 263. a
Testes ad testamentum adhiberi non possunt, muti, surdi, cæci. I. 266. a
Testis in testamento esse non potest, qui est in potestate testatoris, & quid de filio emancipato. I. 268. b An pater in testamento filii post missionem testantis de castrensi peculio recte testis adhibeatur. I. 269. a Testes domestici cur reprobentur, & quid hic testimonium domesticum. I. ibid. b
Testis an recte adhibeatur hæredis pater, in cujus potestate non est, aut filius hæredis emancipatus. I. 271. a
Testibus in testamento militis scripto opus non esse, l. 279. b. Quot testes a milite per nuncupationem testante adhibendi. ibid. An rogatio testium militi necessaria. ibid.
Testium conditio tempore testamenti spectanda. I. 267. a. Idem Juris & in habilitate putativa. ibid. Quid si quis e testibus ante apertas tabulas moriatur. I. ibid. b
Thesauri varia significata. I. 168. a. Inventus in loco proprio acquiritur inventori. ibid. b. Quamvis locus sacer aut religiosus. I. ibid. b. In alieno inventus, pro dimidio inventoris fit, pro altera dimidia conceditur domino. I. 170. a

Ratio hujus juris. *ibid.*
Quid juris hodie? *ibid.*
Tigni appellatio quam late pateat. I. 152. a
Traditio vera & ficta. I. 171. a. Citra traditionem dominia jure gentium non transferri *ibid.* An ad transferendum dominium requiratur vacuæ possessionis traditio. *ib.*
Traditione non transferri dominium, nisi justa causa præcesserit, saltem opinione tradentis. I. 172. b
Dissensio in causis tradendi an & quando impediat dominii translationem. 173. a
Triboniani collectiones minimæ necessariæ. II. 13. b
Triboniani duplex error animadversus. I. 112. b
Triboniani testimonium de nudorum corporum inspectione suspectum. I. 96. a
Tutela in abstracto considerata est juris gentium, in concerto juris civilis. I. 92. b
Tutelæ affectatæ. I. 110. a
Tutela legitima minima capitis deminutione non amplius tollitur. I. 83. a. Ejus vis apud nos usus: & quid moris cessante testamentaria. *ibd.*
Tutelæ legitimæ species. I. 83. a Agnatorum, I. *ibid.* Patronorum, I. 87. a Parentum. *ibid.* Fiduciaria. *ibid.* b
Tutelæ definitio explicata. I. 75. a. Species tutelæ. I. 76. a
Tutela an munus publicum. I. 108. a
Tutelam moribus hodiernis pubertate non finiri. I. 96. b
Tutor an jure datus sit, quibus ex rebus æstimandum. I. 77. b. Qui, quibus testamento tutores dare possunt. I. 78. a
Tutoris a patre dati confirmatio quid differat a dato a matre vel extraneo. I. 77. b
Tutores confirmati pro testamentariis habendi. I. 78. a. *ibid.*
Tutorum genera apud nos. *ibid.*
Tutor a magistratu dari non potest minor 25. ann. I. 84. b
Non potest dari ad certam rem, secus apud nos. I. 80. b
Tutor præter dolum & culpam præstat, sed levem duntaxat. II. 183. a
Tutor ob culpam latam remotus an fiat infamis, & quid moribus nostris. I. 119. b
Tutor interdum a magistratu datur impuberi ad adeundam hæreditatem. I. 89. b. Ratio cogendi tutores ad tutelam suscipiendam. 90. a
Tutores dati, qui excusari volunt, non debent appellare. I. 214. a
Tutores quando & quoties apud nos rationem reddant. I. 92. b.
Tutores gubernatio quibus in rebus consistat. *ibid.* Quibus in rebus necessaria aut supervacua tutoris auctoritas. I. 93. b. Auctoritas interponendæ modus. I. 94. a
Tutoris unius ex pluribus satisdationi non obnoxiis provocatione cæteros satisdationi subjici: & quis ordo in gesta uni committendo. I. 115. b

V

VEctigal navigantibus qui jure imponant? I. 125. a
Venditor an præcise teneatur rem tradere. II. 142. a
Venditor levem duntaxat, non etiam levissimam culpam præstat, nisi custodiam in se susceperit. II. 152. a
Quarum rerum venditio recte fiat. II. 153. b. Quid juris si uterque aut alteruter qualitatem rei nescierit. *ibid.*
Venditor an præsumatur fidem emptoris secutus ex eo, quod simpliciter rem tradiderit. I. 175. a
Venia ætatis quando, qua conditione & a quo concedatur, & cur citius fœminis, quam masculis? ubi & mox de moribus patriæ. I. 98. b
Veritas plus valet quam opinio, interdum contra, & quando? I. 400. b
Victus victoris in expensas, &c. damnandus. II. 358. b
Via quid sit, quid contineat, & quibus rebus differat ab actu? I. 186. a
Vindicare qui rem instituit, eum adhuc interdicto agere posse: & de judicii prætorii cum possessorio cumulatione. II. 331. b
Vindicare quid, lis vendiciarum, vindiciæ, & alia. II. 263. a
Vinum, *vide* Frumentum
Violentiæ varia genera. II. 213. a
Vitium actoris successori neque prodest, neque nocet. I. 224. b
Vitium possessionis quomodo purgetur. I. 218. b
Unio prolium in Germania. I. 62. a
Universitas non titulum acquirendi, sed rem quæ acquiritur, significat. I. 252. b. Modi acquirendi per universitatem. *ibid.* Species acquisitionis per universitatem apud nos receptæ. I. 253. b
Universitatis res quæ, & quantum in his juris singulis. I. 127. b
Usuarius etiam ex fructibus industrialibus sumere potest, & qua conditione. I. 208. a. Modus utendi, & quam large aliquando cum usuario agitur. I. *ibid.* b Quarum partium fundi possessio quodammodo penes usuarium. *ibid.* b. Non potest rem utendam alii locare aut vendere. *ibid.*
Usuarius non prohibetur, dum ipse inhabitet, partem ædium, quam non occupat, alteri locare. I. 210. a
Usucapionis & præscriptionis vetus differentia. I. 212. a Persona usucapientis quæ necessaria? & de bona fide. I. 214. a. De justo titulo. *ibid.* b. Cur prædia provincialia usucapi non potuerint. I. 215. a. Quæ res usucapionem non recipiunt? I. 216. b. Error falsæ causæ obstat usucapioni. I. 221. b
Usucapionis tempora ac apud nos observentur. I. 130. b Juris de usucapione constituti ratio. I. 215. b
Usus quid sit, quid uti, quæ onera usuarii? I. 206. b Quid inter usum & usumfructum intersit, tum in constituendo, tum in amittendo. 207. a
Usus servorum. I. 210. b. Jumentorum. *ibid.* a. Pecorum. 211. a
Ususfructus in rebus fungibilibus constitui non potest. I. 199. b. In hoc rerum numero non sunt vestimenta. I. 200. a
Ususfructus amittitur non utendo per modum constitutum. I. 203. b. Quando tempore non utendo amittatur. I. 204. a. An olim sicut adrogatione, ita & adoptione & emancipatione perierit. I. 203. a. Extraneo cessus ad proprietatem revertitur. I. 204. b. Cur mutatione rei extinguatur. I. 205. a. Quando res mutata aut non mutata intelligatur. *ibid.*
Ususfructus quibus modis constituatur. I. 198. a Testamento constitui ipso jure, inter vivos pactionibus, sed si sequatur traditio. *ibid.* b. Quid in definitione usufructus verbo juris significetur. I. 195. b. Quid sibi velint verba, *Sublato corpore*. I. 198. b. Usumfructum formalem semper esse in re aliena: & quo sensu dicatur pars Dominii. I. 196. b.
Ususfructus definitione non contineri colonum, creditorem αὐτιχρησθεὶς, *ibid.* Neque maritum, hæredem fiduciarium, emphyteutam. *ibid.* Quid in definitione sibi velit *salva rerum substantia*? *ibid.* b

INDEX II.
RERUM ET VERBORUM
IN TEXTUM INSTITUTIONUM.

A

Absolutoria ut judicia, *lib.* 4. *tit.* 12. *in fin.* de Accrescendi jure inter legitimos hæredes, *lib.* 3. *t.* 4. §. *ult.*

Actionis definitio *lib.* 4. *t.* 6. *in pr.* ¶. Divisio prima in actiones reales & personales, §. 1. de Actione Confessoria & Negatoria, 2. Actionibus Prætoriis realibus, 3. Actione Publiciana, 4. Rescissoria, 5. Pauliana. 6. Serviana & Quasi Serviana seu hypothecatutæ pæcuniæ, 9. Peculii, 10. & 36. In factum ex jurejurando, 11. Pœnalibus, 12. Præjudiciorum, 13. Condictione suæ rei, 14. de actionum nominibus, 15. ¶¶. Actionum Divisio secunda, §. 16. ac de Actionibus persecutoriis rei, 17. Persecutoriis pœnæ, 18. Mixtis, id est tam in rem, quam in personam, 20. ¶¶. Divisio tertia, §. 21. *ac quidem de Actionibus in Simplum*, 22. Duplum, 23. Triplum, 24. Quadruplum, 25. Subdivisio Actionum in Duplum, §. 26. in Quadruplum: 27. ¶¶. Divisio quarta, ac quidem de Actionibus bonæ fidei, §. 28. Uxoriæ rei actione, in actionem ex Stipulatu transfusa, 29. Compensationum & Potestatis judicis in judicio bonæ fidei, 30. & 39. §. De Actionibus Arbitrarii. §. 31. ¶¶. Quinta Divisio, ac de Actionibus ratione petitionis incertæ quantitatis; §. 32. Pluris petitionis, 33. Petitionis minoris summæ, 34. Si aliud pro alio petatur, 35. ¶¶. Divisio sexta ac quidem de Actione Peculii, §. 36. & sel. Item de Dote, §. 37. Item & adversus Parentem, Patronum, Socium, Donatorem, §. 38. de actione Compensationum, §. 39. Cessionis bunorum, §. 40.

de Actione Ædilitia concurrente cum actione pauperiei, *lib.* 4. t. 9. §. 1.

ad Exhibendum, *lib.* 4. t. 17. §. 3. Communi dividundo, §. 5.

Actionis directæ, utilis & in factum jus ex lege Aquilia, *lib.* 4. t. 3. §. *ult.*

de Actione exercitoria & institutoria, *lib.* 4. t. 7. §. 2. Tributoria, §. 3. & directa in partem & dominum, §. 7. itemque de prædictarum actionum concursu, §. *eod.*

Familiæ erciscundæ, *lib.* 4. t. 17. §. 4.

Finium regundorum, §. 6.

Actio *Quod jussu* ut adversus dominum detur ob servi negotium, *lib.* 4. t. 7. §. 1.

de Actionibus ad hæredes vel in hærede transeuntibus. *lib.* 4. t. 12. §. 1.

Noxalibus, *lib.* 1. t. 8. *pass.*

Perpetuis & temporalibus, *lib.* 4. t. 12. *pass.*

Realibus. *lib.* 4. t. 17. §. 2.

de Adjudicationis jure & actione, *lib.* 4. t. 17. §. *ultim.*

Adoptionis divisio, *lib.* 1. tit. 11. §. 1. Adoptare qui possint filiumfamil. vel non, §. 2. de Adoptantis & Adoptati, ætate; 4. de Adoptione in locum nepotis, neptis, vel deinceps, 5. Adoptione filii alieni in locum nepotis; vel nepotis in locum filii, 6. Adoptione in locum nepotis, & de nepote in adoptionem dando. 7. in Adoptionem qui dari possint, 8. Adoptare ut spadones possint, castrati non possint, 9. Item nec feminæ, 20. de Adoptivo servo, vel filio nominato a domino, 12. Adoptatus ut & liberi ejus una adoptentur, *lib.* 1. t. 11. §. 1.

Adoptionis ratio in patria potestate, *lib.* 1. t. 11. §. 8. in Adoptione si se dederit emancipatus, quid juris successionis ratione, *lib.* 3. t. 1. §. 10.

Adoptivorum agnatorum in succedendo juris ratio, *lib.* 3. t. 2. §. 2.

Adoptivorum filiorum & naturalium collatio, *lib.* 3. t. 1. §. 11.

Adoptivorum *instituendorum* vel exhærendandorum juris ratio, *lib.* 2. t. 13. §. 4.

Adquirere quibus personis, vel per quas personas liceat, *lib.* 2. t. 9.

Adquirendi modi per donationem, *lib.* 2. t. 7. ut Adquisitio fiat per universitatem, *lib.* 2. t. 9. §. 6.

de Adquisitione per adrogationem, *lib.* 13. t. 11.

de Adrogati liberis, *lib.* 1. t. 11. §. 11.

Adrogatione, ut adquiratur, *lib.* 3. t. 11.

de Adulteriis & eorum judicio, *lib* 4. t. 18. §. 4.

Ædificium ut solo cedat, *lib.* 2. t. 1. §. 29. *& seq.*

de Ædilitia actione, vid. in voce *Actione*.

Æliæ Sentiæ legis, *lib.* 1. t. 6. *in pr.* §. 1.

de affinibus ratione nuptiarum, *lib.* 1. t. 10. §. 6.

Agere per quos liceat, *lib.* 4. t. 10. *in pr.*

Adgnati naturales, & eorum jus successionis, *lib.* 3. t. 2. §. 1.

Adgnati qui, & quibus modis adgnatio vel cognatio finitur, *lib.* 1. t. 15. §. 1. & 3.

de Adgnationis gradibus, *lib.* 3. t. 6. §. 8.

Ut non solum proximi, sed etiam remoti succedant, *lib.* 3. t. 2. §. 5.

de Adgnationis jure ut hæreditates seu successiones deferantur tam per masculos, quam per fœminas, *lib.* 3. t. 2. §. 3.

de Adgnatorum capite minutorum successione, *lib.* 3. t. 5. §. 1. aliorumque agnatorum & cognatorum, *ejusd.* t. §. 5.

de Aguatorum tutela ab intestato, *lib.* 1. t. 15. §. 2. & t. 16. §. 6.

ad quos Agnatos tutela pertineat, *lib.* 1. tit. 16. §. 7.

Alienare, quibus liceat, vel non, *lib.* 2. t. 8.

Alluvio fluminum vel maris, cujus juris, *lib.* 2. t. 1. §. 20.

Alvei jus quale, *lib.* 2. t. 1. §. 23.

de Ambitu, & de ejus judicio, *lib.* 4. t. 18. §. 11.

Animalium fœtus cujus juris, *lib.* 2. t. 1. §. 19.

Animalium mansuefactorum domini jus quale, *lib.* 2. t. 1. §. 15. & 16.

de Annona & de ejus judicio, *lib.* 4. t. 18. §. 11.
Annulorum usus in testamentis signandis, *lib.* 2. *t.* 10. §. 5.
Apud domini jus quale, *lib.* 2. t. 1. §. 14.
de Aquilia lege, *lib.* 4. t. 3. vide infr. in voce *Legis Aquiliæ*.
Aquiliæ legis & Capitalis actionis concursus, *lib.* 4. t. 3. §. 11.
de Aquiliæ legis actionibus, vid. supr. *Actio*.
de Arbitrariis actionibus, *lib.* 4. t. 6. §. 31.
Armorum usus, *in princ. proœm.*
Ab Augusta domo res vendita, donatione aut alio modo alienata, an usucapi possit, *lib.* 2. t. 6. §. 9.

B

Bella Imperatoris Justiniani, *in proœm.* §. 1.
Bona fide personis possessis ut obligatio acquiratur, *lib.* 3. t. 24. §. 1.
de Bonæ adei Actionibus, *l.* 4. t. 6. §. 28.
de Bonorum cessione, *lib.* 4. t. 6. §. *ult.*
Bona vacantia an usucapi possint, *lib.* 2. t. 6. §. 4.
de Bonorum possessione contra tabulas & unde cognati, *lib.* 3. t. 1. §. 12. & 13.
de Bonorum possessionibus in genere, *lib.* 3. 10. Harum ratio & effectus, *in pr. ejusd. tit.* Species ordinariæ & Jus vetus. §. 1. Jus novum, 2. Species extraordinariæ, 3. Petitio & tempus, 4. Jus adcrescendi & successorium edictum, 3. Explicatio temporis, 6. & quomodo peti debeant, *ejusdem titul.* §. *ult.*

C

Cadentia in mare vel flumine rheda currente cujus juris, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 48.
Cœcus an testari possit, *lib.* 2. t. 12. §. 4.
Capitis deminutionis definitio & divisio, & de ejusdem speciebus, *in pr. & lib.* 11. *t.* 16. §. 1. 2. & 3.
Capitis actionis & Aquiliæ legis concursus, *lib.* 4. t. 3. §. 11.
Captivitatis & postliminii ratio in patria potestate, *lib.* 1. t. 12. §. 5.
Captorum ab hostibus dominii jus quale, *lib.* 2. t. 1. §. 17.
Casus, ut & quatenus puniatur aut excusetur lege Aquilia, *lib.* 4. t. 3. §. 3.
Causæ falsæ error an usucapionem patiatur, *lib.* 2. t. 6. §. 6.
de Cessionis bonorum actione, *lib.* 4. t. 6. §. *ult.*
Clavium traditio cujus juris in dominio acquirendo, *lib.* 2. t. 1. §. 4. 5.
Codicillorum origo, *lib.* 2. t. 24. *in princ.* Causa efficiens, §. 1. Materia, §. 2. de numero testium & solemnitate codicillorum, *eod.* §. 3.
Codicis compositio, *in proœm.* §. 2.
Cognationis ordinum & gradus collatio, *lib.* 3. t. 7. §. 1.
Cognationis divisio & gradus, *lib.* 3. t. 6. *a princ. ad* §. 8.
de Cognatione servili, *lib.* 3. t. 7. *in princ.*
de Cognatione servili in nuptiis, *lib.* 1. t. 10. 1. 10.
de Cognatorum successione, *lib.* 3. t. 3. §. 5. extra
Commercium quæ esse dicantur, *lib.* 3. t. 6. §. 1.
Commodata res si subripiatur, quid juris, *lib.* 3. t. 1. §. 16.
de Commodati obligatione, *lib.* 3. t. 15. §. 2.
Communi rei obligatio qualis, *lib.* 3. t. 28. §. 3.
de Communi dividundo judicio & actione, *lib.* 4. t. 17. §. 5.
de Compensationum actionibus, *lib.* 4. t. 6. §. 30. & 39.
de Conditione impossibili adjecta institutioni, *lib.* 2. t. 14. §. 10. Item de conditionibus pluribus adjectis, *eod.* §. 11.
Conditiones ut infirment obligationes, *lib.* 3. t. 16. §. 6.
de Conductoris morte, *lib.* 10. t. 24. §. *ult.*
Conductor quid præstare debeat, *lib.* 3. t. 25. §. 5.
de Conductione & Locatione, *lib.* 3. t. 25. *pass.*
ex Consensu obligationes quæ, & quale earum jus, *lib.* 3. t. 12.
de Consobrinis & Comprivignis inuptiis, *lib.* 1. t. 10 §. 4. & 8.
de Constitutione, *lib.* 1. t. 12. §. 6.
de Contrahentium morte, *lib.* 3. t. 20. §. 24.
de Conventionis, mercedis, *lib.* 3. t. 25. *in princ.*
Creditori si pignus subripiatur, quid juris *lib.* 3. t. 1. §. 14.
Creditor debitoris bona ut alienare possit, *lib.* 2. t. 8. §. 1.
Culpa ut & quatenus puniatur aut excusetur lege Aquilia, *lib.* 4. t. 3. §. 13. & 14.
Curator cavere nolens, quid juris, *lib.* 1. t. 24. §. 1.
An uxori suæ datus maritus se excusare possit, *lib.* 1. t. 25. §. 19.
Curatores qui esse possint, item qui & a quibus detur, *leg.* 1. t. 23. *pass.* Qui satisdare non cogantur, & quatenus in iis qui satisdare non cogantur, satisdatio locum habeat: itemque qui ex curationis administratione teneantur vel non, *lib.* 1. t. 24. *pass.*
Curatores quibus modis constituantur, *lib.* 4. t. 10. §. 2.
de Curatorum propriis excusationibus, *lib.* 1. t. 25. §. 18. De Curatore & Cura plura in vocib. *Tutor & tutelæ*.
Curationem imperfectam relinquens medicus vel chirurgus, an ob damnum teneantur, *lib.* 4. t. 3. §. 5.

D

Damnum occisionis qua actione persequi liceat, *lib.* 4. t. 4. §. 11. Vindicari, §. 13. *eod.*
Damni actio ut etiam in hæredes transeat, *lib.* 4. t. 3. §. 9.
Æstimatio qualis, *lib.* 4. t. 3. §. 9. 10. & *seq.* ac §. 15.
Injuriæ actio ut constituatur per legem Aquiliam, *lib.* 4. t. 3. *in princ.*
De damno quadrupedis, quæ pecudum numero est, §. 1. *eod.*
de Damno Filiifamil. seorsum a patre habitantis, *lib.* 4. t. 5. §. 2.
de Damno aut Furto in navi, caupona, aut stabulo commisso, *lib.* 4. t. 5. §. *ult.*
de Damno dejectorum seu effusorum, *lib.* 4. t. 5. §. 1.
In Dejectis seu Effusis quid juris observandum, *lib.* 4. t. 3. §. 1.
de Deliberandi jure, *lib.* 1. tit. 19. §. 5.
Deportationis ratio in patria potestate, *lib.* 1. t. 12. §. 1.

De

Depositum si subripiatur, quid juris, *lib.* 4. *tit.* 1. §. 17.
de Depositi obligatione, *l.* 3. t. 15. §. 3.
pro Derelicto rerum habitarum jus quale in dominio acquirendo, *l.* 2. t. 1. §. 47.
Dignitatis ratio in patria potestate, *lib.* 1. t. 12. §. 4.
de Dignitatis mutatione ratione capitis deminutionis, *lib.* 1. t. 16. §. 5.
de Directæ actionis jure, ex lege Aquilia, *lib.* 4. t. 3. §. 16. *seu ult.*
Dolus, & quatenus puniatur lege Aquilia, *lib.* 4. t. 3. §. 3. & 14.
de Doli exceptione, *lib.* 4. t. 12. & 1.
Dominii acquirendi juris ratio, *lib.* 2. t. 1. tot.
adversus Dominum ut actio detur ob servi negotium, *lib.* 4. t. 7. §. 1.
Donationis duo genera, mortis causa, & non mortis causa, quæ posterior, aut simplex inter vivos vel propter nuptias, *lib.* 2. t. 7. §. 1. 2. & *in princ.*
de Dotis actione, & ut ob impensas in res dotales a marito factas uxoris dos minuatur, *lib.* 4. t. 6. §. 37.
De duplicationis jure, *lib.* 4. t. 14. §. 1.

E

in Effusis seu dejectis quid juris, *lib.* 4. t. 5. §. 1.
Emancipare filios an patres cogantur, *lib.* 1. t. 12. §. 10.
Emancipationis ratio in patria potestate, *lib.* 1. t. 12.
Emancipatione liberorum ut parentibus acquiratur, *lib.* 2. t. 9. §. 2.
Emancipatus si dederit in adoptione, quid juris successionis ratione, *lib.* 2. t. 1. §. 10.
post Emancipatum filium vel in adoptionem datum nepotis nati ratio in patria potestate, *lib.* 1. t. 12. §. 9.
Emancipatorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.* 2. t. 13. §. 3.
Emancipatorum liberorum juris succedendi ratio, *lib.* 2. t. 1. §. 19.
de Emancipatis ratione tutelæ, *lib.* 1. t. 12. §. 5.
de Emphyteusi, *lib.* 3. t. 25. §. 3.
de Emptione & venditione, *lib.* 3. t. 24. ac quidem de Emptione conditionali, §. 4. Puta, *in princ.* Rei quæ non est in commercio, *ejusd. tit.* §. *ult.* Differentia emptionis & permutationis, *ejus. tit.* 2. de Pretii conventione, arrhis & scriptura, *in princ.* Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum collocato, §. 1. & in quibus consistat pretium, *ejusd. tit.* §. 2.
Emptionis & Locationis collatio, *lib.* 3. t. 25. *in princ.*
quæ Exceptiones prosint, vel non prosint fidejussoribus, *lib.* 2. t. 14. §. 14.
de Emptionibus, ac quidem earum ratio, *lib.* 4. t. 14 *in princ.* Exempla: veluti, Quod metus causa, de dolo, & in factum, §. 1. de Pecunia non numerata, 2. de Pacto, 3. de Jurejurando, 4. Re judicata, 5. & cæteris excepr. 5. ac quoque earumdem Divisiones, 7. & 8. item de Exceptionibus Dilatoriis. 10. Dilatoriis ex persona, 11. *seu ultim.* & de Peremptoriis, *eod. tit.* §. 9. Plura de Exceptionibus, vid. & *ejusd. lib.* 4. t. 14. §. 3.
de ad Exhibendum actione seu judicio, *lib.* 4. t. 13. §. 3.

F

de in Factum actione ex jurejurando, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 11.
in Factum Actionis jus ex lege Aquilia, *lib.* 4. t. 3. *a. ult.*
de in Factum exceptione, *lib.* 4. t. 13. §. *ult.*
Falcidiæ legis scopus, nexus & ratio, *lib.* 2. t. 20. *in princ.* de Hæredibus pluribus institutis, §. 1. Quo rempore spectetur quantitas patrimonii, ad quam ratio hujus legis redigitur, 2. & Quæ ante Falcidiam detrahantur, §. 3. *seu ult.*
Falsæ causæ error an usucapionem pariat. Vide *Causa.*
de Falsis & de eorum judicio, *lib.* 4. t. 18. §. 7.
Ferarum jus quale dominii captandi ratione, *lib.* 2. t. 1. §. 12. & 13.
Fide bona possessis personis, ut obligatio nobis acquiratur, *l.* 3. t. 29. §. 1.
de Fideicommissariis hæreditatibus, *l.* 2. t. 23.
de Fideicommissi probatione, *lib.* 2. t. 23. §. 12.
de Fideicommisso hæredis scripti, *l.* 2. t. 23. §. 2. hæredis ab intestato, §. 10. relicto a fideicommissario, §. 11. *eod.*
Fideicommissorum & Legatorum collatio, *l.* 2. t. 20. §. 3.
de Fideicommissorum verbis, *lib.* 2. t. 24. §. 3.
per Fideicommissum quæ relinqui possint, *lib.* 2. t. 24. *in pr.* §. 1. & 2.
Fidejussores cur accipiantur, *lib.* 3. t. 21. *in pr. prin.* in quibus obligationibus, §. 1. ut hæredes relinquant obligatos. 2. Si Fidejussor præcedat vel sequatur obligationem, quid juris. 3. de pluribus fidejussoribus. 4. In quam summam obligatus sit fidejussor. 5. de Fidejussoris actione adversus reum. 6. si Fidejussor Græce accipiatur, quid juris. 7. Quid item si scriptum sit aliquem fidejussisse, §. *ultimo eodem.*
de Fidejussorum exceptionibus, *lib.* 4. t. 14. §. 4.
Filiusfamil. an testari possit, *libr.* 2. *titul.* 12. *in princ.*
ob Filiifamil. dominium ut non teneatur pater, *lib.* 4. t. 5. §. 2.
ob Filiifamil. negotium gestum ut teneatur pater, *l.* 4. t. 7. §. 4.
Filii ab hostibus reversi post mortem patris succedendi ratio, *l.* 3. t. 1. §. 3.
Filii sororum ut agnationis jure succedant, *l.* 3. t. 2. §. 4.
Filiorum naturalium & adoptivorum collatio successionis ratione, *l.* 3. t. 1. §. 11.
de Finium regundorum actione seu judicio, *lib.* 4. t. 17. §. 6.
Fiscalis res an usucapi possit, *l.* 2. t. 6. §. 4.
a Fisco res aliena empta, donata, aliove modo tradita, ut usucapiatur, *l.* 2. t. 6. §. 9.
ad Flumen pertinentia cujus juris, *lib.* 2. t. 1. §. 10.
Fluminis vis, cujus juris, t. 2. t. 1. §. 21.
Flumina juris publici, *l.* 2. t. 1. §. 2.
Fœminæ ut adoptare nequeant, *lib.* 1. t. 11. §. 19.
si Forma alicui detur facienda, an dicatur Emptio seu Conductio contracta, *l.* 3. t. 25. §. 4.
Fructuum perceptio cujus juris, *lib.* 2. t. 1. §. 38.
Furiosus an testari possit, *l.* 2. t. 1. §. 1.
Furti definitio, *lib.* 4. *tit.* 1. §. 1. Etymologia, §. 2. Divisio seu Genera: ut puta, Furtum Manifestum, nec

nec Manifestum, Conceptum, Oblatum, Prohibitum, & non exhibitum: de quibus, §. 3. & 4.
Furti pœna, 5. ejus Forma, seu ut ipsum fiat, 6. & 8. de furandi affectu, 7. Quarum rerum furtum fiat. 9. An de liberis hominibus. *ibid.* De Re propria, 10. Furti qui teneantur, 11. de Furantis ope & consilio, *ibid.* Furtum an committant in potestate existentes, vel ope & consilio alterius utentes, §. 12.
Furti actio quibus detur, 13. de Furto commisso in pignore, penes creditorem. 14. penes fullonem, sarcinatorem vel bonæ fidei emptorem seu possessorem, 15. Commissio in Commodato, 16. in Depositio, 17
Furti an impubes teneatur, 18. in Furti actionem quid veniat, §. 19 de ejusdem actionibus affinibus, §. *ult.*
Furtivæ res aut vi possessæ ut usucapi possint, *l.* 2. t. 6. §. 2. & 3.
de Furto in caupona, navi aut stabulo, *lib.* 4. t. 1. §. *ult.*

G

GAllinarum dominii jus quale, *lib.* 2. *titul.* 1. §. 16.
Gradus institutionis & substitutionis ut plures, *l.* 2. t. 15. §. 1. *in pr.*

H

HAbitationis jus quale, *l.* 2. *t.* 5. §. 5.
si hæres servus institutus in eadem causa manserit vel non, quid juris, *lib.* 2. *tit.* 14. §. 1.
Hæredis instituendi modi, *l.* 2. *t.* 14. §. 9.
Hærede instituto servo plurium quid juris, *lib.* 2. *tit.* 14. §. 3.
Hæredes instituti qui possint, *l.* 2. *t.* 14. *in princ.*
de Hæredum numero, §. 4. de singulorum portionibus, §. 6. *eod.*
An instituti possint quos nunquam testator vidit, *l.* 2. *t.* 14. §. *ult.*
in Hæredes vel ad Hæredes ut transeant actiones, *l.* 4. *t.* 12. §. 1.
Hæredum legitimorum Primus ordo, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 1. Secundus, *lib.* 3. *in princ.* Tertius, *l.* 3. *t.* 5. *ejusd.*
Hæredum gradus ut plures constitui possint tam in institutione quam substitutione: & de numero Hæredum in singulis gradibus, *l.* 2. *t.* 15. *in pr.* §. 1.
de Hæredum qualitate & differentia, *lib.* 2. *t.* 19. ac quidem Hæredum divisio quæ, *in princ. d. tit.*
de Hæredibus extraneis, & qui, *lib.* 2. *t.* 19. §. 3.
de Hæredibus necessariis, §. 1. & de suis, §. 2. *eodem.*
Hæreditarii servi jus, *l.* 2. *t.* 14. §. 2.
Hæreditatis additionis obligatio qualis, *l.* 3. *t.* 28. §. 5.
Hæreditatis assem si non diviserit testator, aut partes in quorundam persona non ultra assem expresserit, quid juris, *lib.* 2. *t.* 14. §. 6. Quidem item si pars vacet aut desit, §. 7. Si plures unciæ quam duodecim distributæ sint, *eodem* §. 8.
de Hæreditatis divisione, *l.* 2. *t.* 14. §. 1.
Hæreditati communis obligatio qualis, *l.* 3. *t.* 26. §. 4.
de Hæreditatis restitutionis effectu, *lib.* 2. *t.* 23. §. 3.
de Hæreditate acquirenda vel amittenda, *l. l. t.* 19. §. 6
de Hæreditatibus ab intestato *l.* 3. *t.* 1. §. 2.
Hæredes qui, *l.* 3. *t.* 1.
de Hæreditatibus Fidecommissariis, *l.* 2. *t.* 23.
Homicidii quæ vindicatio seu persequutio ex lege Aquilia, *l.* 4. *t.* 3. *pass.*
de Homicidiis, ac quidem de eorum judicio, *l.* 4. *t.* 18. §. 5.
apud Hostes testamentum an facere liceat, *l.* 2. *t.* 12. §. 5.
de Hypothecaria actione, *l.* 4. *t.* 6. §. 7.

I

JActa in mare seu flumine navis levandæ causa cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. §. 48.
Jaculis lædens, vulnerans vel occidens, teneatur, vel non teneatur, *l.* 4. *t.* 3. §. 4.
Ignominiosi ut fiant litigantes ex judiciis quibusdam, *l.* 4. *t.* 16. §. 2.
Imperitia ut culpæ annumeretur damni ratione, *l.* 4. *t.* 3. §. 7.
Impubes an testari possit, *l.* 2. *t.* 12. §. 1.
de Indebito soluto, *l.* 3. *t.* 15. §. 1. & *l.* 3. *tit.* 28. §. 6.
Infamia ut remare litigantibus irrogetur, *l.* 4. *t.* 16. §. 2.
Infirmitas ut culpa annumeretur damni contingentis ratione, *l.* 5. *t.* 3. §. 8.
Ingenui definitio, *l.* 1. *t.* 4. *in prs*
Injuria occidere ut quis dicatur, & ut occidens teneatur, *l.* 4. *t.* 3. §. 2.
de Injuriis ac quidem quot modis accipiatur injuria, *l.* 4. *t.* 4. *in princ.* Quibus modis fiat, §. 1. Quis & per quos patiatur, 2. de injuria parentum & liberorum, Viri & Uxoris, Soceri & Nurus, §. 2. Servi, 3. Servi communis, 4. Servi fructuarii, 5. Servientis bona fide, 6. de Injuriarum pœna ex lege XII. Tabul. & jure Prætorio, 7. ex lege Cornelia, 8. de Injuriæ atrocis æstimatione, 9. de ejus judicio atroci & criminali, 10. Injuriarum qui teneantur; 11. Harum actio ut tollatur, §. *ult. eod.*
Insularum dominii, jus quale, *l.* 2. *t.* 1. §. 21.
Institutionum compositionis tempus, auctores, finis & utilitas, §. 3. *in proœm.* Earum divisio, §. 4. Quid in iis contineatur, 5. Ex quibus libris compositæ, earumque recognitio & confirmatio, 6. *eod.*
de Interdictorum jure; ac quidem eorum Definitio, *l.* 4. *t.* 15. *in pr.* Divisiones, §. 1. 2. &c. de Interdictis adipiscendæ & retinendæ possessionis, 3. 4. 5. & 6. item de eorumdem ordine, ac vetere exitu seu ritu, §. *ult. eod.*
Intestati definitio, *lib.* 3. *t.* 1. *in princ.* & de Hæreditatibus ab intestato delatis, vid. *pass. tot. d. tit.*
de Inventarii jure seu beneficio. *l.* 2. *t.* 19. §. 5.
Inundatio cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. §. 24.
de In jus vocando, *l.* 3. *t.* 16. §. 3. *seu ult.*
de In rem verso, *l.* 4. *t.* 7. §. 4.
si Judex litem suam fecerit, quid juris, *l.* 4. *t.* 5. *in princ.*
de Judicis officio. *l.* 4. *t.* 17. *pass.* ac quidem in genere. *in princ.* De ejus potestate in judicio bonæ fidei, *l.* 4. *t.* 6. §. 40.
Judicia ut absolutoria, *l.* 4. *t.* 12. *in fin.*
de Judiciis publicis: ac quidem eorum Differentia a privatis, *l.* 4. *t.* 18. *in princ.* Etymologia, §. §. Divisio, 2. Exempla veluti de Majestate læsa. 3. Adulteriis, 4. Sicariis seu Homicidiis. Parricidiis. 6. Falsis, 7. de Vi, 8. Peculatu, 9. Plagiariis, 10. Ambitu, Repetundis, Annona, & Residuis, §. 11.

de Ju-

de Judicio noxali, *l.* 4. t. 17. §. 1.
de Judicatæ rei receptione, *l.* 4. t. 13. §. 5.
Juris accrescendi ratio, *l.* 2. t. 7. §. 4.
Juris Divisio in Mutabile & Immutabile, l. 1. t. 2. §. 11. in Scriptum & Non scriptum, & juris scripti subdivisio, *l.* 1. t. 2. §. 3. & 10.
Juris methodus & præcepta, *lib.* 1. t. 1. §. 2. & 3. ad Juris studium adhortatio. §. 7. *in proœm.*
de Juris objectis, *l.* 1. t. 2. §. 12.
Juris Gentium & Civilis distinctio a Definitione & Etymologia, *d.* 1. t. 2. §. 1. ab appellatione & effectibus, §. 2. *eod. tit.*
de Jure Civium Romanorum in servo, *lib.* 1. t. 8. §. 1.
de Jure Gentium in servoss, & ut eo jure servitutes introductæ, *l.* 1. t. 8. §. 1.
de Jure Honorario, *l.* 2. t. 2. §. §. Naturali, *l.* 1. t. 2. *in princ.* Non scripto, *d. l.* 1. t. 2. §. 9. Publico & privato, *l.* 1. t. 1. §. 4.
de Jurisjurandi exceptione, *l.* 4. t. 11. §. 4.
Jurisjurandi usus penes litigantes, *lib.* 4. t. 16. §. 1.
Jurisprudentiæ definitio, *l.* 1. t. 1. §. 1.
Justitiæ definitio, *l.* 1. t. 1. *in pr.*
Justiniani addita constitutio, qua supplentur casus rescripto Divi Marci de successione libertatis causa, *l.* 3. t. 12. §. 1.
Justiniani leges & bella, §. 1. *in proœm.*

L

LEgandi modus & ratio, *l.* 2. t. 20. §. 34.
Legatarius si proprietatem fundi alieni sibi legati emerit, & ususfructus ad eum pervenerit, quid juris, *d.* 1. t. 20. §. 9.
de Legatarii re, *l.* 2. t. 20. §. 10.
Legatum factum servo hæredis an utile, *lib.* 2. tit. 20. §. 32. item & hæredis domino, §. 33. *eodem.*
Legatum si pœnæ nomine relinquatur, adimatur vel transferatur, quid juris, *lib.* 2. t. 20. §. *ultim.* & *poss.* t. 21.
Legatorum & Fideicommissorum collatio, *l.* 2. t. 20. §. 3.
de Legatis, *lib.* 2. *tit.* 20. ac quidem Legati definitio, §. 1. de Legatorum antiquis generibus sublatis, 2. Legata re, ut puta Testatoris, Hæredis, aliena & cujus non est commercium, 3. item de legata re pignorata, 4. de aliena re post testamentum a Legatario acquisita, 6. Eadem re duobus legata, 7. Re Legatarii, 50. Alienatione vel oppignoratione rei legatæ, 12. Liberatione legata, 13. Debito legato creditori, 14. Dote uxori legata, 15. Interitu & mutatione rei legato, 16. Interitu quorumdam ex pluribus rebus legatis, 17. Grege legato, 18. Ædibus legatis, 19. Peculio legato, 20. Rebus corporalibus & incorporalibus legatis, 21. Legato generali, 22. Optione legata, 23. Legato relicto incertis personis tam ex jure veteri quam novo: & quid juris in relicto posthumo, alieno, 25. 26. 27. & 28. Errore in nomine legatarii, 29. Falsa causa adjecta legato, 31. Ordine scripturæ in legato, 34. Legato post mortem hæredis vel legatari, §. 35. *eod. t. de legat.*
de Legatis rebus, quæ non sunt in terum natura, *l.* 2. t. 20. §. 7.
Legari quibus possit, *l.* 2. t. 20. §. 24.
si Legaverit quis rem suam quasi non suam, quid juris, *l.* 2. t. 20. §. 11.
ex Lege Cornelia, quæ Injuriarum pœna, *lib.* 4. tit. 4. §. 8.
de Lege duodecim Tabul. & jure Prætorio ratione successionum, *in princ. l.* 3. *tit.* 3. & *in princ. lib. ejusd. tit.* 8.
ex Lege duodecim Tabul. & jure Prætorio, quæ Injuriarum pœna, *l.* 4. *tit.* 4. §. 7. Quæ actio datur, si quadrupes pauperem fecisse datur, *in pr. l.* 4. t. 9.
ex Lege Papia quale jus successioni, *lib.* 3. t. 8. 2.
de Lege & Plebiscito, *l.* 1. t. 2. §. 4.
Legis Aquiliæ summa, *in princ. lib.* 4. *tit.* 3. Primum caput cavens de Homicidio & occisione. *ibid.* Secundum ut in desuetudinem abierit, §. 12. verum Cujac. existimat fuisse cavens. De quavis alia ratione damni dati, quam aliis capitibus traditur: etiamsi non fuerit læsa res nostra, sed intercepta nobis forte utilitas quædam, ut exemplo esse poterit Actio illa adversus piscatorem socium agitata, cujus meminit Plin. *lib.* 9. *cap.* 59. Tertium vero caput, adhuc in usu cæterarum rerum est præter hominis & pecudis occisiones, cavens. De vulneratione, aut occisione aliorum animalium, quomodo scilicet id genus damna vindicentur, §. 13. *eodem.*
Legis Juliæ & Titiæ ratio *Tutelæ*, *lib.* 1. t. 20. §. 13.
de *Lege Fusia* Canina, *l.* 1. t. 7.
Legum usus, *in pr. proœm.*
Leges Justiniani, 1. *ibid.*
de Legitimatione Liberorum, *lib.* 1. t. 10. §. 13.
Liberi ut in potestate parentum, *in princ. lib.* 1. t. 19.
Liberorum appellatione qui contineantur, ac quidem tutelæ ratione, *l.* 1. t. 14. §. 5.
Liberorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *poss. l.* 2. t. 13.
per Liberos homines. ut adquiratur, *lib.* 1. t. 9. 9. 5.
de Liberis & parentibus in nuptiis, *lib.* 1. t. 10. §. 1.
de Liberis in potestate ratione tutelæ, *lib.* 1. *tit.* 13. §. 3. Liberis in potestate ut adquiratur, *l.* 2. t. 9. §. 2.
Libertas ut fideicommisso relinqui possit, *l.* 2. t. 23. §. 2.
Libertatis definitio, *l.* 1. t. 3. §. 1. Libertatis causa ut bona addicantur, *l.* 3. t. 12.
de Libertate in Testamento vel codicillis relicta, *l.* 3. t. 12. §. 3.
Libertates si datæ non sint, quid juris: & de Divi Marci rescripto de successione, *lib.* 3. tit. 12. §. 6.
Libertinorum definitio, origo, & differentia eorum in *pr.* & *l.* 1. t. 5. §. 3.
de Libertorum successione, *l.* 3. t. 8. *poss.* & Adsignatione, *l.* 3. t. 9.
de Litterarum obligationibus, *l.* 3. t. 22.
de Litterarum imperitia, *l.* 1. t. 25. §. 8.
de Litigantium temere pœnis, *lib.* 4. t. 16. *poss.*
Littoris definitio, *l.* 1. t. 1. §. 3.
in Littore res inventæ cujus juris. *lib.* 2. *tit.* 1. §. 18.
Littora ut juris communis, *l.* 2. t. 1. §. 2.
de Locatione & Conductione, *l.* 3. t. 25.
Locationis & emptionis collatio, *in princ. lib.* 3. t. 25.

M

de MAcedoniano Senatusconsulto, *lib.* 4. *titul.* 7. §. 7.
de læsæ Majestatis judicio, *l.* 4. t. 18. §. 3.
Mancipii definitio, l. 1. t. 3. §. 3.

Mandati divisio a fine, *in princ. lib.* 3. *titul.* 17. si Mandatis gratia mandetur, quid juris, §. 1. si Mandantis & mandatarii, 2. si aliena, 3. si Mandantis. & aliena, 4. si Mandatarii & aliena, 5. si Mandatarii, 6. de Mandato contra bonos mores, 7. de Mandati executione, 8. Quibus modis Mandatum solvatur, 9. de Mandati revocatione, *dict.* §. 9. si Mandato integro mors alterutrius interveniat, quid juris, 10. de Mandati renuntiatione, 11. Mandati & Locationis collatio: & ut in diem differri, & sub conditione fieri possit Mandatum, 12. & 13.
Manumissionis definitio & origo, *in princ. lib.* 1. *tit.* 5.
de Manumissione facti, *lib.* 1. *tit.* 4. §. 1. de Manumissione ratione capitis deminutionis, *lib.* 1. *tit.* 16. §. 1.
Manumittere in fraudem creditorum quid, *l.* 2. *t.* 6. §. 3.
Manumittendi quæ justæ causæ, & de veteris modi abrogatione, *l.* 1. *t.* 5. §. 5. & 7. Manumittendi servi testamento ratio ex lege Fusia Canina, *l.* 1. t. 7.
de Manumittente in fraudem creditorum regula, *in pr. l.* 1. t. 6.
Manumitti quibus modis, ubi & quando possit, *l.* 1. t. 3. §. 1. & 2.
Divi Marci rescriptum de additione bonorum libertatis causa, ejusdem utilitas, & in quibus casibus locum habeat, *a princ. lib.* 3. *t.* 12. *ad* §. 4. Item Justiniani additio ad ipsum rescriptum. §. *ult. eod. tit.*
In Mare jacta navis levandæ causa, cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. *n.* 48.
ad Mare pertinentia, cujus juris, *lib.* 2. t. 1. §. 20.
Maritus an uxori suæ curator datus, se excusare possit, *l.* 1. t. 25. §. 19. Maritus uxoris bona an alienare possit, *in pr. l.* 2. t. 8.
de Mariti & uxoria injuria, *l.* 4. *t.* 4. §. 2.
Mater ut ad bona vulgo quæsitorum succedat, *l.* 3. t. 3. §. *ult.*
Materia ut solo cedat, *lib.* 2. t. 1. §. 20. & 30.
Materiarum confusarum seu immixtarum domini jus quale, *l.* 2. t. 1. §. 27. & 28.
de Memoria patrit damnata ob crimen perduellionis, l. 8. t. 1. §. 5.
de Mercedis conventione in locatione, ac de Mercede collata in arbitrium alienum, *in pr.* & *l.* 3. t. 25. §. 1.
de quod Metus causa exceptione, *lib.* 4. t. 13. §. 1.
Missilium jus quale in dominio acquirendo *lib.* 2. t. 1. §. 46.
Mortis seu morientium ratio in patria potestate, *l.* 1. t. 12. *in pr.*
Morte conductoris interveniente, quid juris, *lib.* 3. t. 25. §. *ult.*
Morte contrahentium interveniente, quid juris, *l.* 3. t. 20. §. 24.
de Mutui obligatione, *l.* 3. t. 15. *in pr.*
Mutus an testari possit, *l.* 2. t. 12. §. 3.

N

ob NEgotium gestum cum eo qui in alterius est potestate, quæ detur actio, *l.* 4. t. 7. *pass.*
Negotiorum gestionis obligatio qualis, *l.* 3. t. 28. §. 1.
Nepotis nati post mortem avi, succedendi ratio, *l.* 3. t. 1. §. 8.
Noxa & Noxia quid, & quæ, qualesve noxales actiones, *in princ.* & *lib.* 4. *tit.* 8. §. 11. Harum item actionum ratio, §. 2. Origo, §. 4. Qui noxali actione conveniantur. 5. Noxæ deditionis effectus. 3. Noxam si commiserit servus domino, vel e contra, 6. Et an filius vel filiafamil. noxæ dedantur, §. *ult.* ubi ostenditur Noxales hujusmodi actiones in servos tantummodo proponendas.
de Noxali judicio, *lib.* 4. t. 17. §. 1.
Nuptiarum definitio, *lib.* 1. t. 9. §. 1.
Nuptiarum injustarum pœnæ, *lib.* 1. t. 10. §. 12.
Nuptias qui contrahere possint, l. 1. *d. t.* 10. *in pr.* Inter quas personas prohibitæ, vel permissæ, *eod. t.* & §. 1. 2. 3. 4. & *seq.*

U

OBligatio per quas personas nobis acquiratur, *l.* 3. t. 29. Ut in potestate existentibus, *in pr.* Bona fide possessis, §. 1. Servo fructuario, vel usuario, §. 2. & Servo communi, §. 3.
Obligatio quibus modis re contrahitur, *l.* 3. t. 15. Ut tollatur acceptilatione, *l.* 1. t. 30. §. 1. Aquiliana stipulatione, & acceptilatione, §. 2. Contrario consensu, §. 4. Novatione, §. 3. & solutione, *d. tit. in pr.*
Obligationes ut infirmet conditiones adjectæ, *l.* 3. t. 16. §. 6.
de Obligationum effectu, quibus duo rei constituuntur, *l.* 3. t. 17. §. 1.
de Obligationibus ex consensu, *lib.* 3. *tit.* 23. ex delicto nascentibus, *l.* 4. t. *pass.* Earum divisio, *in princ. eod.* ex quasi contractu nascentibur, *l.* 3. t. 28. vi Negotiorum gestorum, §. 1. Tutelæ, 2. Communionis rei, 3. Communionis hæreditatis, 4. Aditionis hæreditatis, 5. & Solutionis indebiti, 6. itemque Ex quasi delicto nascentibus, *l.* 4. t. 5.
de Obligationibus in genere, *l.* 3. t. 14.
de Obligationibus Litterarum, *l.* 3. t. 22. Verborum, *l.* 3. t. 15.
Occidens seu Vulnerans ut quis teneatur, vel non teneatur, *l.* 4. 1. 3. §. 3. & *pass.*
Occisionis damnum ut persequi liceat, & qua actione, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 11. Occisionis injuriosæ actione ut agatur: seu occidens injuria: ut quis teneatur. *lib.* 2. tit. 3. §. 2.

P

de PActi exceptione, *l.* 4. t. 13. §. 3.
Pandectarum compositio, §. 2. *in proœm.*
adversus Parentem qui actione uti liceat, *l.* 4. *t.* 6. §. 38.
Parentes an cogantur filios suos de potestate dimittere, seu emancipare, *lib.* 1. t. 12. § 10.
de Parentibus & liberorum injuria, *lib.* 4. t. 4. §. 2.
de Parentibus & liberis ratione nuptiarum, *lib.* 1. t. 10. §. 1.
de Parricidiis, & eorum judicio, *lib.* 4. t. 18. §. 6.
de Patre ratione tutelæ, *lib.* 1. t. 14. *in princ.*
Patriæ potestatis diversa ratio & Jus, *lib.* 1. tot. t. 12.
de Patris memoria damnata, ob crimen perduellionis, *l.* 3. t. 1. §. 3.
adversus Patronum ut agere liceat, *lib.* 3. t. 6. §. 38.
de Pauliana actione, *l.* 4. t. 6. §. 6.
de Pauperiei actione, *l.* 4. t. 9. §. 1.

de Peculatu, & ejus judicio, *lib.* 4. t. 18. §. 9.
de Peculii actione, *l.* 4. t. 6. §. 10. *& 36.*
de Peculio & in rem verso, *l.* 4. t. 7. §. 4.
de Pecunia constituta, *l.* 4. t. 6. §. 9.
de pecuniæ non numeratæ exceptione, *l.* 4. t. 3. §. 2.
Pecuniaria pœna ut litigantibus temere imponatur, *l.* 4. t. 16. §. 1.
Permutationis & Emptionis differentia, *l.* 3. t. 24. §. 2.
Personarum divisio. *lib.* 1. t. 3. *in princ.* Subdivisio, *eod.* t. §. 5. Item divisio alia, *lib.* 1. tit. 8. *in pr.*
Personis bona fide possessis ut obligatio nobis acquiratur, *l.* 3. t. 29. §. 1.
de Personis sui juris ratione tutelæ, *lib. I.* t. 13. *in pr.*
de Petitione incertæ quantitatis, Pluris petitione, & de Minoris summæ petitione., *l.* 4 t. 6. §. 32. 33. *& 34.*
si Petatur aliud pro alio, quid juris, *lib.* 4. §. 35. 36.
Picturæ dominii jus quale, *l.* 2. t. 1. §. 28.
Pignus si subripiatur creditori, quid juris, *l.* 3. t. 1. §. 14.
de Pignoris obligatione, *l.* 3. t. 13. §. 4.
de Plagiariis, & eorum judicio, *lib.* 4. tit. 18. §. 20.
Plantationis dominii jus quale, *l.* 2. t. 3. §. 31.
de Plebiscito, *vide* Lege.
de Pœna adjecta stipulationi Alii dari, *l.* 4. t. 20. §. 18. & de Adjecta promissioni facti alieni, *eod.* t. §. 20.
de Pœnæ & rei persecutoriis actionibus: item & de mixtis, *lib.* 4. t. 6. §. 17. 18. 19. *& 20.*
de Pœnis temere litigantium, *lib.* 4. t. 16. *pass.*
de Pœnalibus actionibus, *lib.* 4. t. 6. §. 12.
Portus juris publici, *l.* 2. t. 1. §. 2.
in Positis damnosis quid juris, *lib.* 4. t. 5. §. 1.
Possessionis accessio an usucapionem pariat, *l.* 2. t. 6. §. 7.
de Possessionis adipiscendæ, & retinendæ interdictis, eorumque adfinibus remediis, *l.* 4. t. 15. §. 3. 4. 5. *& 6.*
de Possessionibus bonorum, *l.* 3. t. 10.
Posthumorum vel quasi posthumorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *l.* 2. t. 13. §. 1.
de Posthumis ratione tutelæ. t. 2. t. 13. §. 4.
Postliminii & captivitatis ratio in patria potestate, *l.* 1. t. 12. §. 5.
in Potestate existentibus ut obligatio acquiratur, *l.* 3. t. 29. *in pr.*
in Potestate qui habeant, & qui sint, *l.* 1. t. 9. §. 2. & 3.
Pretium venditionis in quibus consistat, *lib.* 3. tit. 24. §. 2.
de Pretii conventione, arrhis, & scriptura, *d.* t. *in pr.* & de Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum collato, §. 1. *eod.*
Procurator quibus modis constituatur, *lib.* 4. t. 10. §. 1. Ut & quando pro partibus actore scilicet sive reo satisdare compellatur, *l.* 4. t. 11. §. 3. *& seqq.*
Prodigo an testari liceat, *lib.* 2. *tit.* 12. §. 2.
de Promissione in Instrumento scripta, *l.* 3. t. 22. §. 16.
Proximitas in succedendo quo tempore spectetur, *l.* 3. t. 2. §. 6.
de Prudentum responsis, *l.* 1. t. 2. §. 8.
de Publiciana actione, *l.* 4. t. 6. §. 4.
Pupillus ut bona sua alienare non possit sine tutoris auctoritate, *l.* 2. *tit.* 8. §. 2.
Pupillaris substitutionis juris ratio, *lib.* 2. t. 10. *pass.*

Q

QUadrupedis occisio vel damnum ut vindicetur, *lib.* 4. t. 3. §. 1. *& 13. & seq.*
de Quadrupedi pauperiei actione, *lib.* 4. t. 9. §. 1.
de Quarta relinquenda hæredibus, *lib.* 2. t. 18. §. *ult.*

R

de RAptorum vi bonorum, *l.* 4. t. 2.
de Realibus actionibus, *vid.* Actionibus.
Relegationis ratio in patria potestate, *lib* 1. t. 12. §. 2.
de Repetundis, & eorum judicio, *lib.* 4. tit. 18. §. 11.
de Replicationis jure, *l.* 4. t. 14. *in pr.*
Res Corporales & incorporales, quæ, *lib.* 2. t. 2.
Res fiscales an usucapi possint, *vid. sup.* Fiscales.
Res furtivæ aut possessæ an usucapi possunt, *l.* 2. t. 6. §. 2.
Res naturali jure communes hæ: aer, aqua profluens, mare, littora, & ædificia in littore posita, *l.* 2. *tit.* 1. §. 1.
Res publicæ hæ: flumina & portus, *lib.* 2. tt. 1. §. 1.
Res sua an condici possit? *l.* 4. t. 6. §. 14.
Res universitatis, nullius, sacræ, sanctæ, religiosæ, & singulorum, quæ, *lib.* 2. t. 1. §. 6. 7. 8. 9. 10. 11.
de Rei & *pœnæ*, item & de mixtis persecutoriis actionibus, *lib.* 4. t. 6. § 17. 18. 19. *& 20.*
de Rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa, *l.* 4. t. 6. §. 29.
Rei duo stipulandi, & promittendi, quibus modis fieri possint, *l.* 3. t. 17 *in pric.* & ut alius pure, alius in diem vel sub conditione obligetur, §. *ult. eod.*
de Rei judicatæ exceptione, *l.* 4. t. 13. §. 5.
Rerum divisio duplex, *l.* 2. t. 1. *in pr.*
de Rescissoria actione, *l.* 4. t. 6. §. 5.
Rescriptum Divi Marci de successione libertatis causa, *vid. sup. in voce* Marci.
Riparum usus & proprietas ut juris publici, *lib.* 2. t. 1. §. 4.
Ruptum quid, & de ejus actione, *lib.* 4. 5. §. 13.
de Restitutione in integrum, penes constitutionem Divi Marci de successione bonorum libertatis causa, *lib.* 3. tit. 12. §. 3.

S

SActionis dominii jus quale, *lib.* 2. tit. 1. §. 32.
de Satisdatione Tutorum vel Curatorum, *l.* 1. t. 24. *pass.*
Satisdationum Jus antiquum, ac quidem de Judicio Reali, & personali, *lib.* 4. *tit.* 11. §. 1. *in princip.* Earumdem Jus novum, ac quidem de Reo, §. 2. Procuratore actoris, 3. Procuratore rei præsenti. 4. Rei absentis, 5. Unde hæc forma discenda. 6. Unde petenda, §. *ult. eodem.*
si Satisfecerit reus auctori pendente judicio, quid juris, *l.* 4. t. 12. §. *ult.*
Scripturæ dominii jus quale, *l.* 2. t. 1. §. 33.
de Scripturæ ordine in legatis, *lib.* 2. t. 20. §. 33.
de Senatusconsulto, *lib.* 1. tit. 2. §. 5. ac quidem de Claudiano penes successiones sublatas, *lib.* 3. t. 13. Macedoniano, *l.* 4. t. 7. §. 7. Orphitiano, ejus scilicet origine, & summa, *l.* 3. t. 14. *in princ.* Pegasiano, in 2. t. 23. §. *& seq.* Hujus Senatusconsulti transfusio *l.*

Trebell. §. 7. *eod.* de Tertylliano, *l.* 3. *t.* 3. §. 2. Trebelliano, *l.* 2. *t.* 23. §. 4. *& seqq.*
de Serviana & quasi Serviana actione, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 7.
Servus cui stipuletur & adquirat, *lib.* 3. *tit.* 18. §. 1.
Servus fugitivus an usucapi possit, *lib.* 2. *t.* 6. §. 1.
de Servi corrupti actione, *l.* 4. *t.* 1. §. 8.
Servi etymologia, *l.* 1. *t.* 3. §. 3. ob Servi negotium ut adversus dominum detur actio, *lib.* 4. *tit.* 7. §. 1.
Servi ut constituantur, *l.* 1. *t.* 3. §. 4.
Servitutis definitio, *l.* 1. *t.* 3. §. 2.
Servitutis pœnæ ratio in patria potestate, *l.* 1. *t.* 12. §. 3.
Servitutis prædiorum rusticorum & urbanorum, quæ, *l.* 2. *t.* 12. *in fin.*
Servitus ut constituatur, *l.* 2. *t.* 3. *in princ.*
Servitutum Rusticarum jura, *d. t.* §. 2. Urbanarum, §. 1. *eod.* qui servitutem debere vel adquirere possunt, *t.* 3. *n.* 3 *eod.*
a Servo communi ut obligatio dominis adquiratur, *lib.* 3. *tit.* 39. §. 3. Servo fructuario vel usuario ut obligatio domino adquiratur, *lib.* 3. *t.* 29. §. 2.
de Servo hæreditario vel hærede instituto, *lib.* 2. *t.* 14. §. 1. *&* 2. instituto cum vel sine libertate exceptio, *l.* 1. *t.* 9. §. 1.
de Servorum maleficiis ut oriantur actiones, *lib.* 4. *t.* 8. *in princ.* Stipulatione, vide *Stipulatio*, per Servos, ut adquiratur, *lib.* 2. *t.* 9. §. 3.
de Sicariis seu Homicidis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 5.
de Soceri & nurus injuria, *l.* 4. *t.* 4. §. 2.
adversus Socium ut socio agere licet, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 38.
Societatis divisio a materia, *l.* 3. *t.* 26. *in princ.* Partibus lucri & damni, §. 1. Partibus inæqualibus, 2. Partibus expressis in una causa, 3. Ejusdem solvendæ varii modi, 4. Renuntiatio, *d.* §. 4. Finis negotii, 6. ut Publicatione bonorum distrahatur societas, 7. Cessione bonorum, 8. de Dolo & Culpa a socio præstandis, *ult.* de Socii morte, *d. t.* §. 5.
Solo quæ cedere dicantur, *lib.* 2. *t.* 1. *l.* 19. 39. *&* 33.
Solutionis indebiti obligatio, *lib.* 3. *t.* 28. §. 6. *lib.* 2. *t.* 6. §. 2.
de Soluto indebito, *l.* 3. *t.* 15. §. 1.
Specificationis seu specierum variarum immixtarum dominii jus quale, *l.* 2. *t.* 1. §. 25.
Stipulanti alteri si ejus interfit, quid juris, *lib.* 3. *t.* 20. §. 19.
de stipulantis re futura, *l.* 3. *t.* 20. §. 21.
de Stipulantium dissensu, *l.* 3. *t.* 20. §. 22.
Stipulatio ut pure, in diem, vel sub conditione fiat, *lib.* 3. *titul.* 16. §. 1. *& seq.* & ut stipulationi loca inseri soleant, *tit. eod.* 5. Stipulationi alteri dari si pœna adjecta sit, quid juris, *lib.* 3. *titul.* 20. §. 18.
de Stipulationi seu promissioni facti alieni pœna addicta, *l.* 3. *t.* 20. §. 20.
de Stipulatione ejus, in quem confertur obligatio, vel solutio, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 4. Eorum qui sunt vel habent in potestate, §. 6. Furiosi, §. 8. Impuberis, §. 9. Inter absentes, §. 11. Interrogationis & responsionis, §. 5. Muti vel Surdi, §. 7. Præposterе concepta, *lib.* 3. *t.* 20. §. 3.
de Stipulatione Servorum, *lib.* 3. *t.* 18. *pass.* veluti Servus stipulari an possit, *in princ.* Cui adquirat, & de persona cui stipulatur, item de stipulatione impersonali, §. 1.
Stipulatione facti, §. 2. & Stipulatione servi communis, §. *ult.*
de Stipulatione in tempus mortis collata, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 14. post mortem alterius, §. 14. Quæ in tempore confertur, 12. Rerum plurium, §. 17.
de Stipulatione seu promissione in Instrumento scripta, *l.* 3. *t.* 20. §. 16.
de Stipulatione sub conditione, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 10. Turpis causæ, §. 23.
ex Stipulatione quando agi possit, *lib.* 3. *t.* 10. §. *ult.*
de Stipulationum divisione, *l.* 3. *t.* 19. *pass.* Effectu, quibus duo rei constituuntur, *l.* 3. *t.* 17. §. 1. Verbis, *l.* 3. *t.* 16. §. 2.
de Stipulationibus Communibus, *lib.* 3. *tit.* 19. §. 4. Conventionalibus, §. 3. Facti vel dationis alterius, *lib.* 3. *t.* 20. §. 3. Inutilibus, *lib.* 3. *t.* 20. *pass.* Judicialibus, *lib.* 2. *tit.* 19. §. 1. Prætoriis, *tib.* 3. *tit.* 19. §. 2. Rerum quæ sunt vel non sunt commercii, *l.* 3. *t.* 20. *in princ. &* §. 2.
in Stipulatum quæ deducantur, *lib.* 3. *tit.* 16. §. *ult.*
si Substitutus quis fuerit servo instituto, qui liber existimabatur, quid juris, *l.* 2. *t.* 15. §. 4.
Substituti singuli vulgariter, quam partem accipiant partibus in institutione non expressis, *l.* 2. *titul.* 15. §. 2.
Substitutionis ut plures gradus esse possint, *lib.* 2. *tit.* 15. §. 1.
de Substitutionis Pupillaris forma, effectu, origine, & ratione; item & de quasi pupillari substitutione constitutio Justinianea, *lib.* 2. *t.* 16. §. 1. *&* 3. *in princ.* Substitutionis pupill. proprium, §. 2. Quomodo finiatur, 8. Quibus ita substituatur, 4. Qui substituantur, 5. Quot liberis substituatur, 6. & Quibus non substituatur pupillariter, §. 9. *seu ult.* item & de Substitutione id genus impuberi nominatim aut generaliter facta, §. 7. *eodem.*
Substitutionis Vulgaris diversa ratio, *lib.* 2. *tit.* 15.
si Substituto cohæredi alius substituatur, quid juris, *l.* 2. *t.* 14. §. 3.
ut Succedant & ex quoto gradu agnati vel cognati, *l.* 3. *t.* 5. §. 5. ut Succedant matribus vulgo quæsiti, *l.* 3. *t.* 4. §. 3.
Succedendi jus nati post mortem avi, vel adoptati a filio emancipato, *l.* 3. *t.* 2. §. 8. Succedendi juris ratio filii post mortem patris ab hostibus reversi, *l.* 3. *t.* 1. §. 4.
in Succedendo agnationis jure ut proximitas spectetur, *l.* 3. *t.* 2. §. 5.
Successentium ab intestato Primus ordo, *l.* 3. *t.* 2. §. 1. Tertius ordo & qui in eo vocentur, *lib.* 3. *t.* 5. §. 1. *in pr.* vide de eodem Primo, *t.* 1. de Secundo gradu, *ejusd. lib. t.* 2.
Successionis jus ex lege duodecim Tabularum & jure Prætorio, *l.* 3. *t.* 3. *inpr.* Ex constitutione Divi Claudii, §. 1. Novus casus ex constitutione Divi Marci, quo libertatis causa bona addicuntur, *l.* 3. *t.* 1. Maternæ jus novum, *l.* 3. *t.* 3. §. 1. *& seq.*
de Successione adoptivorum & descendentium ex fœminis, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 14. *& seq.* Agnatorum capite minutorum, *lib.* 3. *tit.* 3. §. 1. Item conjunctorum per feminas, §. 2. Liberorum datorum in adoptionem, 3. & vulgo quæsitorum, 4. *ejusd. tituli.* Legitima agnatorum, *lib.* 3. *tit.* 2. Parentum, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 2. Libertorum, qui scilicet succedant ex lege 12. *Tabul. l.* 3. *t.* 8. *in princ.* Jure Prætorio. §. 1. ex le-

ex lege Papia, 2. ex constitutione Justiniani, 3. & quibus libertinis succedatur, §. 4. *eod.* Matrum in bona liberorum, *l.* 4. §. 2.
in Successione qui liberi matri præferantur, aut cum ea admittantur, *l.* 3. *t.* 3. §. 3. & 5.
de Successione nepotis, & neptis ex Senatusc. Orphiciano, *l.* 3. *t.* 4. §. 1.
de Successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex Senatusc. Claudiano, *l.* 3. *t.* 13 *pass.*
Si certum sit vel incertum, an Successor existet, quid juris, *l.* 3. *t.* 2. §. 4.
de Successorio edicto, *l.* 1. *t.* 2. §. 7.
Sui hæredes qui, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 2. Quomodo sui fiant, §. de divisione hæreditatis inter Suos, *eod.* §. 6.
Suitas quo tempore spectetur, *l.* 3. *t.* 1. §. 7.
Surdo an testari liceat, *l.* 2. *t.* 12. §. 3.
In suspensis in damno alterius decidentibus quid juris, *l.* 4. *t.* 5. §.

T

TEstamenti etymon, *lib.* 2. *tit.* 10. *in princip.* Ejus factio ut observetur in hæredum extraneorum institutione *lib.* 2. *tit.* 19. §. 4. Inofficiosi juris ratio, *lib.* 2. tot. titul. 18. ac quidem de Querela ejusdem *in princip. ejusd.* titul. Qui de eo agant, §. 1. & Quatenus agere liceat, §. 3. & 6.
ut de Testamenti inofficiosi querela non agatur, & de quarta hæredibus relinquenda, *lib.* 2. *t.* 18. §. *ult.*
Testamenti matris vel avi materni juris ratio, *l.* 2. *t.* 13. §. 7. Militaris jus & ratio, *l.* 2. *t.* 11. *pass.* & *l.* 13. §. 6. *eod.* Nuncupativi jus & ratio, *lib.* 2. tit. 10. §. 14.
Testamenti solemnia a Justiniano veteri juri addita, *l.* 2. *t.* 10. §. 4. Testes & annuli signatorii, §. 5. & 6. Materia in qua id ipsum scribebatur, §. 12. Ejusdem codices plures, §. 13. *eod.*
Testamenta quibus modis infirmentur, *l.* 2. tot. *c.* 17. *pass.*
Testandi jus penes quos non sit, *lib.* 2. tit. 12. *pass.*
Testandi, jure civili antiqui modi, *l.* 2. *t.* 10. §. 1. Item jure Prætorio, §. 2. Horum jurium conjunctio, §. 3. *eod.*
Testes testamenti, *l.* 2. *t.* 10. §. 6.
Thesaurum dominii jus quale, *lib.* 4. *titul.* 1. §. 39.
Traditionis & quasi Traditionis in dominio acquirendo quale jus, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 40. 41. & *seqq.*
de Triplicationis jure, *l.* 4. *t.* 14. §. 1.
de Trebelliano Senatusconsulto, *vide* Senatusconsulto,
a Tutela seu Cura an excusetur, qui testatorem seu defunctum non novit, *l.* 1. *tit.* 24. §. 10.
Tutelæ definitio, *l.* 1. *t.* 13. §. 1.
Tutelæ seu Curæ excusationes, ut & quando proponendæ, *l.* 1. *t.* 35. §. 16.
Tutelæ jus antiquum ubi nullus tutor, *lib.* 1. *t.* 20. *in princ.* si Tutoris Testamentarii futuri spes sit, §. 1. si Tutor ab hostibus captus sit, §. 2. *ibidem.*
Jus novum & novissimum, *lib.* 1. *tit.* 26. §. 4. & 5.
Tutelæ obligatio qualis, *lib.* 3. *t.* 28. §. 2. Ratio & de ejusdem ratione reddenda, *lib.* 1. *t.* 20. §. 6. & 7.
de Tutela agnatorum, *l.* 1. *t.* 15. & ad quos agnatos pertinet, *l.* 1. *t.* 16. §. 6. Fiduciaria, *l.* 1. *t.* 19. Legitima Patronorum, *l.* 1. *t.* 17. Parentum, *l.* 1. *d. t.* 18.
a Tutela seu Cura an liberent falsæ allegationes, *lib.* 1. *t.* 25. §. 20. Ut recte excusari liceat polypedia seu numero liberorum, *lib.* 1. *tit.* 25. *in princ.* Fiscalis rei administratione, §. 1. Absentia Reipubl. causa. 2. Potestate, 3. Lite, 4. Tutelæ vel curæ tribus oneribus, 5. Paupertate. 6. Valetudine adversa, 7. Litterarum imperitia. 8. Datione propter inimicitias: & de Tutore qui restari consensit, 9. Inimicitiis maximis, 11. Passione controversiæ status, 12. Ætate, 13. Militia, 14. Doctrina Grammatices, Rhetorices, & Medicinæ, 15.
Tutela ut finiatur pubertate, *l.* 1. *t.* 22. *in pr.* Capitis deminutione, §. 2. & 4. Eventæ conditionis, 2. Morte, 3. Tempore, 5. Remotione & Excusatione, 6.
Tutor an Curator postea esse cogatur, *lib.* 1. *t.* 25. §. 18. Qui testamento datur, *lib.* 1. *t.* 1. 13. §. 3.
Si Tutor pupilli nomine legatum acceperit, aut de inofficioso testam. agens succubuerit, quid juris, *l.* 2. *t.* 18. §. 4. & 5.
Tutoris definitio & etymologia, *l.* 1. *t.* 13. §. 2.
de Tutore Attiliano, *l.* 1. *t.* 20.
de Tutore liberis petendo, *l.* 3. *t.* 3. §. 6.
Tutores qui dari possint, *l.* 1. *t.* 14. *in princ.* Quibus modis, & cui dentur, §. 3. & 4. Dari quando & cur desierint ex legibus Julia & Titia, *l.* 1. *t.* 20. §. 3.
Tutores vel Curatores quibus modis constituantur, *lib.* 4. *t.* 10. §. 2. Ut suspecti. Quale suspecti crimen, & ut a munere removeatur, ob hoc crimen accusationis, de accusati *tutoris* morte, seu contumacia, *Alimentorum* denegatione, Tutelæ redemptione, Fraudulenta liberti administratione, & de suspecti satis oblatione, *l.* 1. *t.* 26. *pass.* & Ut ad universum patrimonium dari censeatur, *l.* 1. *t.* 25. §. 17.
de Tutorum auctoritate, *l.* 1. *t.* 21.
In quibus causis necessaria. §. 1.
Quomodo interponi debeat, & Quo casu interponi nequeat, 3. *eod.*
de Tutorum satisdatione, *l.* 1. *t.* 21. *pass.*

V

VAcantia bona an usucapi possint, *lib.* 2. *titul.* 6. §. 4.
de Venditione & Emptione, *l.* 3. *t.* 4.
de Venditæ rei commodo & periculo, *l.* 3. *t.* 24. §. 3.
de Verborum obligationibus, *vide* Obligationibus.
de verbis stipulationibus, *l.* 3. *t.* 16. §. 1.
de Vi bonorum raptorum actionis origine, & Quid in eam veniat, *l.* 4. *t.* 22. *in pr.* Adversus quos competat, §. 1. de Quibus detur, §. *ult.*
de Vi, & ejus judicio, *l.* 4. *t.* 18. §. 8.
Usucapi quæ possint, vel non, *l.* 1. *t.* 6. & *seq.* §. 1.
Usum habens ædium, fundi, jumenti, pecorum vel servi, quid juris, & ut usus ab usufructu differat, *in pr. l.* 2. *t.* 5. §. 1. 2. 3. & 4.
Usufructus definitio, *l.* 4. *t.* 2. *in pr.* Quibus modis, §. 1. & Quibus in rebus constituatur, 2. Ut finiatur, 3. Et eo finito quid juris, 8. 4. *eod.*
Usufructus & usus communia & differentiæ, *l.* 2. *t.* 5. §. 1. *in pr.*
Utilis actionis jus ex lege Aquilia, *l.* 4. *t.* 3. §. *ult.*
Vulgaris substitutionis juris ratio, *l.* 2. *t.* 15.
ad Vulgo quæsitorum bona ut vocetur mater, *l.* 3. *t.* 3. §. *ult.* item & ipsi ut vocentur ad accessionem matrum, *ejusdem lib. t.* 4. §. 3.
de Uxoris & mariti injuria, *l.* 4. §. 2.
Uxores quæ duci possint, vel non, *l.* 1. *t.* 10. §. 2.

IN-

INDEX III.

DECISIONUM,

Et Constitutionum Justiniani Imperatoris; quarum fit mentio in IV. Instit. Lib.

DEcisiones sunt quæ dirimunt controversias juris veteris, quæ & Constitutiones dicuntur. Specialiter autem Constitutiones sunt, quibus jus vetus vel emendatur, vel confirmatur, vel ampliatur. Ex Decisionibus quidem sunt quæ sequuntur.

Decisio *l. pen. C. de necess. serv. hær. instit.* quæ & in ea & in *l. ult. eod.* decisio dicitur, de qua *l.* 1. *Instit. t.* 6, 1. *idem juris* 3. *& l.* 2. *t.* 14. §. 1.

Decisiones, *de Dediticia & Latina libertate tollenda*, quibus singulis datus est proprius titulus *l.* 7. *eod.* Prior illa fuit, quæ est de Dediticia, cui adjungi etiam possunt *l.* 2. *Cod. comm. de manumiss. & l. un. de nudo jure Quiritum toll.* de quibus *lib.* 1. *Instit. t.* 5. §. *ult. & t.* 11. §. *ult. & l.* 3. *t.* 7. §. *ult.*

Decisio *l. si furiosi* 25. *Cod. de nupt.* de qua *l.* 1. *Instit. t.* 10. §. 1.

Decisio *l. pen. Cod. de adop.* de qua *l.* 1. *Instit. tit.* 1. §. *sed hodie* 2. *& t.* 12. §. 8. *& l.* 2. *t.* 13. §. 5. *vers. circa & tit.* 18. §. 1. §. *tam autem* 2. *l.* 3. *tit.* 1. *sed ea omnia* 14. *&* §. *seq.* itemque *tit.* 16. §. 1.

Decisio *l.* 13. *de usufr. & habit.* de qua *l.* 2. *Instit. t.* 5. §. *pen.*

Decisio *l.* 1. *Cod. de comm. serv. man.* de qua *lib.* 2. *t.* 7. §. *ult.*

Decisio *l. ult. Cod. de contr. empt.* de qua *l.* 3. *tit.* 24. §. *pretium* 1.

Decisio *l. ult. Codt per quas pers. nob. adq. l.* 3. *tit.* 29. §. *ult.*

Decisio *l.* 21. *Cod. de furt. l.* 4. *tit.* 1. 8. *vers. & cum nobis.*

Decisio *l. ult. Cod. eod. tit. lib.* 4. *Instit. tit.* 1. §. 16. *vers. sed nostra.*

INDEX IV.

CONSTITUTIONUM,

Quarum in libris Institutionum meminit Justinianus, & alias jam ipse fecerat, alias nunc facit, alias post facturus est. Et ex his quidem quas jam fecerat, aliæ sunt Græcæ, aliæ Latinæ.

Græcæ sunt quæ sequuntur.

Constitutio *l.* 30. *C. de Episc. audient. l.* 1. *Instituti. tit.* 20. §. 5.

Constitutio *l. ult. Cod. de testam. lib.* 2. *tit.* 10. §. *l. gatariis* 11.

Constitutio *de incertis person. l.* 2. *t.* 20. §. *sed nec* 27. *l.* 3. *tit.* 10. §. 1.

Constitutio *de Jure patron. l.* 3. *t.* 2. §. *pen. & tit.* 8. §. *sed nostra* 3. *&* §. *ult. & t.* 7. *pr. vers. sed nostra & t.* 10. §. *cumque antea* 4.

Constitutio *l.* 45. *de Episc. & Cleric. l.* 3. *t.* 27. §. *ult. & l.* 4. *t.* 6. §. 25.

Constitutio *l.* 5. *de sportulis lib.* 4. *t.* 6. §. *quadrupli* 25.

Constitutio *de plus petitionibus l.* 3. *t.* 6. §. *tripli* 24. *&* §. 33.

Latinæ autem quæ sequuntur.

Constitutio *de lege Fusia Caninia tollenda*, *l.* 1. *Instit. t.* 7.

Constitutio *l. cum quis* 10. *C. de nat. l.* 1. *t.* 10. §. *ultim. & l.* 3. *t.* 1. §. 2.

Constitutio *l. ult. de Consulibus lib.* 2. *t.* 12. §. *filiusfam.* 4.

Constitutio *l. ult. de emancip. liber. dict. l.* 2. *t.* 12. §. *præterea* 6. *& l.* 3. *t.* 2. *ult. & t.* 8. §. 4.

Constitutio *i. ult. quand. tut. vel curat. def. l.* 1. *t.* 22. *in princ.*

Constitutio *l. ult. de leg. tut. l.* 1. *t.* 19. *in fin. & t.* 25. 9. *item* 13.

Constitutio *l.* 21. *de sacrof. eccles. lib.* 2. *t.* 1. §. *sacræ* 8.

Constitutio *l. pen. de usufr. l.* 2. *t.* 4. §. *pen. & l.* 3. *t.* 10. §. 2.

Constitutio *de usucap. transform. l.* 2. *t.* 1. §. *per traditionem* 40. *& t.* 6. §. 7.

Constitutio *l. ult. de quadrienn. præsc. lib.* 3. *tit.* 6. §. *ultim.*

Constitutio *de donatione causa mortis leg.* 2. *tit.* 7. §. 2.

Constitutiones VII. *de donat. inter vivos*, *& de donat. propter nuptias l.* 34. 35. 36. *C. de donat. l. ult. Cod. de revoc. donat. l. ult. C. de jur. dot. l. ult. C. de donat. ante nupt.* Quibus aliquid adjungi potest, *l.* 38. *de episc. & cler.* De his vero agitur *l.* 2. *t.* 7. §. 2.

Constitutio *de rei uxor. action. & de fundo dot. l.* 2. *Inst. t.* 8. §. 1. *& l.* 4. *t.* 6. §. *fuerat* 29.

Constitutio *de jure dominii impetrando*, *l.* 2. *tit.* 8. § *contra* 1.

Constitutio *l.* 25. *de administr. tut. dict. lib. & tit.* §. *pen.*

Constitutiones *l.* 6. *&* 8. *de bon. quæ lib. acquir. l.* 2. *t.* 9. §. 1. *& l.* 3. *t.* 18. §. 1.

Constitutio *l.* 2. *&* 9. *de testam. lia.* 2. *tit.* 10. §. *sed his* 4.

Constitutio *l. penult. Cod. de test. mil. lib.* 2. *tit.* 11. *in princ.*

Constitutio *l. ult. qui test. fac. poss.* conjuncta *l. ult. de inoff. test. l.* 2. *t.* 11. §. *ult.*

Con-

Constitutio *l.* 10. *qui test. fac. poss. l.* 1. *t.* 12. §. *item surdus* 3.
Constitutio *l.* 4. *de liber. præter. l.* 2. *tit.* 13. §. *sed hæc* 5.
Constitutio *l.* 9. *de impub. & aliis subst. l.* 2. *t.* 16. §. *ratione* 1.
Constitutio *l.* 30. & 35. *de de inoff. testam. l.* 2. *t.* 18. *sed hæc* 3. & §. *ult.*
Constitutio *l. ult. de jur. delib. l.* 2. *t.* 19. §. 5.
Constitutiones tres *t. Comm. de legat. l.* 2. *t.* 20. §. 2. & 3. & §. *optionis* 23.
Constitutio *l.* 24. *de test. d. lib. &* tit. §. 24.
Constitutio *de his quæ pœnæ nomine relinquuntur, d. lib. &* t. §. *ult.*
Constitutio *l.* 11. *de contrah. stip. dict. lib. &* tit. 5. *post mortem* 35. & *l.* 3. *t.* 20. §. *post mortem* 12.
Constitutio *l. ult. de fideicomm. dict. lib.* 2. *tit.* 33. §. *ult.*
Constitutio *l. nuper* 11. *de natur. liber. l.* 3. *t.* 1. §. 2. *in fin.*
Constitutio *l. ult. de suis & legit. dict. lib.* 3. & *t.* 12. §. 15. *in fin.*
Constitutio *l. pen. de leg. hær. l.* 3. *t.* 2. §. 3. *in fin.*
Constitutio *l.* 2. *de jur. delib. l.* 3. *t.* 3. §. *sed nos* 4.
Constitutio *l. ult. ad SC. Tertullian. d. l.* 3. & *t.* 3. §. *sed cum antea* 5.
Constitutio *l. ult. Comm. de successionibus, l.* 3. *t.* 10. *princ.*
Constitutio *l. ult. de testam. mon. lib.* 3. *tit.* 11. §. *ultim.*
Constitutio *l.* 14 *de contr. stip. l.* 3. *t.* 20. §. *item verborum* 11.
Constitutio *l. pen. de non num. pecun. l.* 3. *t.* 21. & *l.* 4. *t.* 13. §. *idem juris* 2.
Constitutio *l.* 17. *de fide instrum. lib.* 3. *tit.* 23. §. 1.
Constitutio *l. ult. de novationibus lib.* 3. *tit.* 29. §. *penult.*
Constitutio *l.* 2. *de constit. pecun. lib* 4. *t.* 6. §. *in personam* 8.
Constitutio *l. ult. de petit. hæred. lib.* 4. *t.* 6. §. *actiones* 28.
Constitutio *l. ultim. de compensat. lib.* 4. *t.* 6. §. *in bonæ fid.* 30.
Constitutio *l.* 2. *de jurejur. propt. calum. lib.* 4. *t.* 16. §. 1.
Constitutio *de raptu Virginum, lib.* 4. *t.* 18. §. 8.

Et hæ quidem sunt Constitutiones, quas jam fecerat Justinianus ante horum librorum editionem. Facit autem in his libris *Instit.* sequentes quæ non extant alibi.

De SC. Pegasiano tollendo, lib. 2. *Instit. tit.* 23. §. *sed quia* 7.
De minori xx. ann. data potestate servorum manumittendorum, lib. 1. *t.* 6. §. *ult.*
De hærede vetito in testamento testimonium perhibere, lib. 2. *t.* 10. §. *sed neque* 10.
De satisdationibus in judicio præstandis, quod in usu receptum erat contra formam juris veteris, ut idem observetur in omnibus Provinciis, l. 4. *t.* 11. §. *ult.*

Facturus autem erat Justinianus, nondum fecerat eam Constitutionem, cujus sententiam prævertit exponere in extremo tit. 1. §. 3.

Ex hoc vero tam ingenti numero Constitutionum Justiniani, quæ referuntur *in his IV. Instit. libris*, & repetuntur quædam etiam in eis sæpius, satis liquet jure meritoque hos libros Justiniano attribui potius quam aliis vel Imperatoribus, vel legum aut juris Auctoribus, ex quibus sumpta sunt cætera, quæ in his libris referuntur, quorum etiam omnium simul ac locorum singularium, quibus hi libri sunt insigniti, Indices conficere visum est.

INDEX V.
CONSTITUTIONUM,

Aliorum Imperatorum, quæ in iisdem Institutionum libris referuntur.

Divi Augusti auctoritas, & jussum, *lib.* 2. *Institut. t.* 12. *in princ.* & *t.* 23. *in pr.* & §. 12. *t.* 24
Augusti jussio, *lib.* 2. *t.* 23. §. 1. & *ult.*
Tiberii Cæs. Constitutio, *lib.* 2. *t.* 15. *in fin.*
D. Claudii indulgentia, *lib.* 3. *t.* 3. §. 1.
Nervæ auctoritas, *lib.* 2. *t.* 2. *in princ.*
Trajani rescriptum, *lib.* 1. *t.* 11. §. 1.
Ejusdem edictum, *lib.* 3. *tit.* 7. §. *ult.*
Ejusdem Optimi Imp. auctoritas, *lib.* 2. *t.* 12. *in princ.*
D. Hadriani subscriptio, *lib.* 2. *t.* 12. *in princ.*
Ejusdem venia & speciale beneficium, *lib.* 2. *t.* 19. §. 4.
Ejusdem epistola, *lib.* 3. *t.* 21. §. 4.
Ejusdem rescriptum, *lib.* 2. *t.* 1. §. 39. & *t.* 10. §. 7. & *t.* 20. §. 25.
D. Pertinacis oratio, *lib.* 2. *tit.* 17. §. *penult.* & *ultim.*
D. Pii rescriptum, *lib.* 1. *tit.* 25. §. *similiter* 8. & *lib.* 2. *tit.* 6. §. *res fisci* 4. & *tit.* 15. §. 3. & *tit.* 20. §. 4.
D. Marci edictum, *lib.* 2. *t.* 6. §. *ult.*
Ejusdem Constitutio, sive rescriptum, *lib.* 3. *tit.* 11.
Ejusdem rescriptum aliud, *lib.* 4. *tit.* 6. §. *in bonæ fid.* 30.
Ejusdem aliud rescriptum in semestribus, & plerique alia de Excusationibus tutorum, *lib.* 2. *tit.* 25.
Divorum Fratrum rescripta, *lib.* 1. *t.* 25. §. *sed & propter* 6. & §. *non esse* 10.
Divor. Severi & Antonini rescripta sive epistolæ, *lib.* 1. *t.* 25. §. *qui tutelam* 18. & *tit.* 26. *tribus locis & lib.* 2. *t.* 6. §. *res fisci* 4. & §. *inter* §. & 1. 10. §. *sed cum aliquis* 7. & *t.* 15. *a. sed instituto* 3. & *t.* 17. *duobus locis item t.* 20. §. *sed & si rem æ. & si rem* 12. §. *sed si uxori* 15. §. *peculium* 20. & *l.* 25. §. 1.
Divorum eorumd. Constitutio, *l.* 2. *t.* 14. *princ.*
Divi Severi Constitutio, *lib.* 2. *t.* 9. § *pen.*
Dei Gordani beneficium, *lib.* 2. *t.* 18. §. 5.
Divorum Principum Valentiniani Theodosii, & Arcadii Constitutio, *lib.* 3. *tit.* 1. §. *item vetustas* 15. *quæ est, leg.* 4. & *Cod. Th. de leg. hær. d.* & *tit.* 4. §. *sed cum* 2. & *est lex, Si defunctus* 9. *Cod. de suis* & *leg. lib.*
Leonis inclitæ recordationis, *lib.* 3. *tit.* 20. §. *item si quis* 23. Leoniana Constitutio, *lib.* 3. *tit.* 16. 3. 2.

Zeno

Zenoniana lex vel Constitutio, *lib.* 2. *tit.* 16. *in fin.* & *lib.* 3. *tit.* 25. §. *adeo* 3. & *lib.* 4. t. 4. §. *in summa* 10. & t. 6. §. 33. *iteque* t. 13. §. 10.
Zenonis divæ memoriæ Constitutio, *lib.* 2. t. 6. §. *ult.* & *lib.* 4. t. 6. §. *si minus* 34.
Anastasiana lex, *lib.* 3. t. 5. §. 1.
D. Justini patris Justiniani Constitutio, *lib.* 1. t. 7. §. 3. & *tit.* 12. §. *pen.*
Sæpissime etiam retro Principium Constitutiones Constantini, Theodosii, Valentiniani & aliorum nomine non expresso in his libris adducuntur, & quæ usu fori solo increbuerant, irroboraverantque.

INDEX VI.

LEGUM ET SENATUSCONSULTORUM,

Veterum quorum fit mentio in iisdem IV. libris Institutionum.

LEges duodecim Tabularum, *lib.* 1. *instit. tit.* 15. & 17. & 26. *lib.* 2. t. 1. §. *cum in suo* 29. & §. *venditæ* 41. t. 6. §. *furtivæ* 2. *tit.* 13. §. *sed. hæc* 5. *tit.* 20. *in princ. lib.* 3. t. 1. §. 1. §. 9. & §. *ult. tit.* 2. *tribus locis* t. 3. t. 4. §. 2. t. 5. §. 1. t. 8. *pr.* §. 3. t. 10. *in princ.* & *lib.* 4. *tit.* 3. §. *pœna* 7. t. 8. §. 4 & t. 9. *in princ.*
Lex Ælia Sentia, *lib.* 1. t. 5. §. 3. & t. 6.
Atilia, *lib.* 2. t. 20. *in princ.*
Attinia, *lib.* 2. t. 6. §. *furtivæ* 2.
Aquilia, *lib.* 4. t. 3. & 6. §. 19. §. *in duplum* 13. & t. 8. §. *sunt autem* 4.
Cornelia de Injuriis, *lib.* 4. t. 4. §. *sed.* & *lex* 8.
de Falsis, *lib.* 4. *tit.* 4. 18. §. 7. de Testamenti, *lib.* 2. *tit.* 12. *in fin.*
de Sicariis, *lib.* 4. t. 18. §. 5. 6.
Fabia de Plagiariis, *lib.* 4. t. 18. §. 10.
Falcidia, *lib.* 2. *tit.* 22.
Furia, *ibid.*
Fusia Caninia, *lib.* 1. *tit.* 7.
Hortensia, *lib.* 1. t. 2. §. 4.
Hostilia, *lib.* 4. *tit.* 10.
Julia & Titia, *lib.* 1. *tit.* 20. *in princ.* Julia & Plautia, *lib.* 2. t. 6. §. 2. Julia de fundo dotali, *iib.* 2. t. 8. Julia Velleja, *lib.* 2. t. 13. §. *posthumorum* 2. Julia de vi, *lib.* 4. t. 15. & t. 18. §. 6. 8. Julia Majestatis, Peculatus de Pudicitia, de Annona, Repetundarum, de Ambitu, de Residuis, *lib.* 5. t. 15§
Junia Norbana, *lib.* 1. t. 5. §. 3. & *lib.* 3. t. 8. §. *sed hæc* 4.
Papia, *lib.* 3. t. 8. §. *postea* 2. & *seq.*
Pompeja de Parricidiis, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 6.
Regia, *lib.* 1. t. 2. §. 6.
Voconia, *lib.* 2. t. 22.
Senatusconsl. Claudianum, *lib.* 3, t. 13.
Largianum, *lib.* 3. t. 7. §. *penult.*
Macedonianum, *lib.* 4. t. 8. §. *ult.*
Neronis temporibus factum de fideicommissis, *lib.* 2. *tit.* 23. §. 4.
Vespasiani Augusti temporibus factum de fideicommissis, *lib.* 2. *tit.* 33. §. *sed quia* 5.
Orphitianum, *lib.* 3. t. 4.
Pegasianum, *lib.* 2. t. 23.
Sabinianum, *lib.* 1. t. 1. §. *sed ea omnia*, 14.
Tertyllianum, *lib.* 3. t. 3.
Trebellianum, *lib.* 2. *tit.* 23. & Senatusconsult. de Adsignatione libertorum, *lib.* 3. t. 9. §. *ult.*

INDEX VII.

AUCTORUM JURIS ALIORUMQUE,

Qui Testes citantur in his libris.

ÆLius Martianus in Institutionibus, *lib.* 4. t. 3. §. 1. est is forte ad quem pertinet Antonini rescriptum, de quo, *lib.* 1. *tit.* 8. Mentionem etiam facit Martiani, *lib.* 1. t. 4. & *lib.* 4. t. 3.
Atilicinus, *lib.* 2. t. 14. *in princ.*
Cajus ex libri Institutionum & Rerum quotidianarum, & ad leges XII. Tab. in Constitutione Justiniani his libris præposita, *lib.* 3. *tit.* 18. §. *item lex Cornelia* 5.
Cassius, *lib.* 3. t. 24. §. *item* 2.
Cato, *lib.* 1. t. 11. §. *ult.*
Celsus, *lib.* 2. t. 20. §. 12.
Gallus Aquilius, *lib.* 3. *tit.* 30. §. 2.
Homerus, *lib.* 2. t. 7. §. 1. & *lib.* 3. t. 24. §. 2. & *lib.* 4. t. 3. §. 1.
Julianus, *lib.* 1. t. 10. §. *si uxor* 9. & t. 26. §. *suspectus* 5. *lib.* 2. t. 1. §. 28. & *tit.* 20. *quatuor locis*: itemque, *lib.* 3. t. 9. §. 2. & *lib.* 4. *tit.* 5. §. *filiusfam.* 2.
Labeo, *lib.* 2. *tit.* 25.
Marcellus, *lib.* 2. t. 5. §. *penult.*
Papinianus, v. Resp. & alibi, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 2. t. 26. *si quis autem*, 7. *lib.* 2. tit. 1. §. 8. & t. 6. §. *res fisci*, 4. & t. 20. §. *ex contraria*, 14. t. 23. §. *sed quia*, 7. t. 25. §. *non tantum*, 1.
Paulus ad Massurium Sabinum, *lib.* 2. *tit.* 14. *in princ.*
Idem ad Plautium, *ibid.*

Pompo-

Pomponius, *lib.* 2. t. 10. §. *possunt*, 5.
Proculi sententia, *lib.* 3. tit. 24. §. 2.
Q. Mutius, *lib.* 3. t. 26. §. 2.
Sabinus, *lib.* 2. tit. 20. §. *ult. lib.* 3. t. 27. §. 6. & *lib.* 4. t. 3. §. 15.
Sabiniani & Proculejani, *lib.* 2. tit. 1. §. *cum ex aliena*, 25.
Sabinus & Cassius, *lib.* 3. tit. 24. §. 2. & tit. 27. §. *is qui*, 8.
Scævola, *lib.* 1. t. 15. §. 16.
Servius, *lib.* 1. t. 13. §. 1. & *lib.* 3. t. 26. §. 2.
Trebatius, *lib.* 2. t. 25.
Xenophon, *lib.* 4. t. 18. §. *item lex Cornelia*, 5.

INDEX VIII.
RERUM ET LOCORUM

Singularium sive omnium, quibus similes in jure nulli alii reperiuntur.

DE institutis Athenienſium & Lacedemoniorum, *lib.* 1. t. 2. §. 10.
Ratio cur liberi patroni ſint legitimi tutores, parentis liberi manumiſſoris fiduciarii, *lib.* 1. t. 29.
Pomponii opinio de ſubſignatione teſtium in teſtamento, *lib.* 2. t. 10. §. *poſſunt*, 5.
Teſtamentorum tria genera, & Teſtamenti veriloquium, *lib.* 2. t. 10. *in princ.* §. *ſed ut*, 1.
Relatio ex Attilicino de Inſtitutione hæredum, *lib.* 1. t. 14. *in princ.*
Pertinacis oratio de tabulis teſtamenti, *lib.* 2. t. 17. §. 7.
Venia D. Hadriani de abſtinendi ab hæreditate poteſtate, *lib.* 2. t. 19. §. *Extraneis*, 5.
Ejuſdem reſcriptum, Ne miles incertæ perſonæ legare poſſit, *lib.* 2. t. 20. §. *incertis*, 25.
Scabini opinio de Hærede pœnæ nomine adjiciendo, *d.* t. 20 *Pœnæ*, 36.
Papiniani dictum de captioſis ſtipulationibus, *lib.* 2. t. 23. §. *ſed quia*, 7.
Origo fideicommiſſorum, *dict. lib. & tit.* §. *Sciendum*, 1. *item & tit.* 24. *in princ. ubi de Lucio Lentulo per parenthesim agit.*
Origo Codicillorum, *d.* t. 25. *in princ.*
Severi & Antonini reſcriptum de Codicillis factis ante teſtamentum, *dict. tit.* 25. §. *non verſ. Sed D. Severus.*
Claudii indulgentia in favorem matrum ſuccedentium liberis, *lib.* 3. tit. 3. §. 1. *ibi. Et primus quidem D. Claudius.*
Graduum cognationis diagramma, *lib.* 3. t. 6. §. *fin.*
Senatuſconſulti Largiani, & edicti Trajani ſententia, *lib.* 3. t. 8. §. *ult.*
D. Marci reſcripti verba, de novo caſu ſucceſſionis ex cauſa libertatis. *lib.* 3. t. 12. §. 1.
De bonis defuncti filii adrogati a creditoribus poſſidendis, *lib.* 3. t. 11. *in fin.*
Obligationis definitio, *lib.* 3. t. 14. *in princ.*
Venditionis conditionalis exemplum, *lib.* 3. tit. 23. §. *penult.*
Caſſii ſententia de Emptione ſeu Venditione materiæ: item Locatione ſeu Conductione operarum, *lib.* 3. t. 25. §. *item quæritur*, 4.
Sabini item de mandato obligatorio, *lib.* 3. t. 27. §. 8.
Furtorum genera, & de Fure hoc ipſo manifeſto, quod viſus a domino fuerit, *lib.* 4. tit. 1. §. *Furtorum*, 3.
Locus §. *ſi commani ſervo*, 4. *de injuriis*, adverſus Pædianum, *lib.* 4. t. 4.
Bonæ fidei quindecim actiones enumeratæ, *lib.* 4. t. 6. §. *actionum*, 28.
Locus quo traditur, Servum noxæ deditum ab eo etiam invito cui deditus eſt, pecunia data redimi & manumitti poſſe, *lib.* 4. tit. 8. §. *dominus*, 3.
Lex Hoſtilia, qua permiſſum erat furti agere eorum nomine, qui apud hoſtes eſſent, aut Reipubl. cauſæ abeſſent, quive in eorum alicujus tutela eſſent *lib.* 4. t. 10. *in princ.*
Ratio cur furti manifeſti ſit perpetua actio, *lib.* 4. t. 12. *in princ.*
Judicia omnia eſſe abſolutoria, *d.* tit. 12. §. *fin.*

INDEX IX.
HISTORICUS IN TIT. DIGEST.

De Origine & progreſſu Juris, & de Inſtitutione Magiſtratuum, ac de Juriſconſultis.

DE actionibus Legis ſive Legitimis; *l.* 2. §. 6. 7. & 12. *ff. de orig. jur.* Vid. & Cic. *pro Muræna*, cap. 12.
Ædiles Curules ut Romæ conſtituti, & quæ illorum auctoritas poteſtaſve, *l.* 2. §. 26. *ff. de orig. jur.* Vid. & Liv. *lib.* 6. *cap.* 42. *in hiſt. Rom.* Cic. *lib.* 5. *in Verr.* & *lib.* 2. *de Offic.* c. 16.
Ædiles Cereales ſive Frumentarii, ut Romæ conſtituti, & quale illorum munus, qualiſve juris auctoritas, *l.* 2. §. 32. *ff. de orig. jur.* & vid. ibi Cujac. item Sveton. *in Jul.* c. 41. & Dion. *in fin. lib.* 43.
Ædiles plebis, ut Romæ conſtituti, & quæ illorum auctoritas, *leg.* 2. §. 21. *ff. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 2. *hiſtor. Roman.* Dionyſ. Halic. *lib.* 6. antiq.

antiq. Varr. *lib.* 4. *de Ling. Lat.* & Auson. Poet. *edyll.* 15.

Censores ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l.* 4. §. 17. *ff. de orig. jur.* Vide præterea de iis Liv. *lib.* 4. *cap.* 8. *hist. Rom.* Cic. *lib.* 3. *de leg. c.* 3. & 20. & Agell. *lib.* 4. *cap.* 12. Item Hotom. *in suo descript. Magistr. Roman.*

de Constitutionibus Principum, sive Principalium jure & auctoritate, *l.* 2. §. 11. & 12. *ff. de orig. jur.* ac de iis vid. pass. *lib.* 1. t. 4. *ff.* & ibid. D. *lib.* 1. t. 14. & 15. *Cod.*

Consuetudine ut Romani primum pro jure uterentur, colligitur ex *l.* 2. §. 3. *ff. de orig. jur.* de Consuetedinis autem vi & potestate agunt DD. in *l. quibus*, 31. *ff. de legib.* & in §. *constit.* & §. *ex non scripto Inst. de jur. nat. gent & civ.*

Consules ut Romæ constituti Regibus exactis, & quæ eorum fuerit auctoritas, *l.* 2. §. 16. 26. & 27. vide & de iis *Novell. Justiniani Imp.* 24. & 25. Cic. *lib.* 3. *de leg. cap.* 3. Varron. *lib.* 4. *de Ling. Latin.* & *lib.* 3. *de vita pop. Roman. apud Nonni*, item Anton. Cont. *lib.* 2. *lection. successivar. jur. cap.* 19. itemque Liv. *lib.* 2. *cap.* 1. & *lib.* 3. *cap.* 55. Polyb. *lib.* 6. ac quidem Hotomann. *in suo tract. de Magistratuum Roman. descriptione.*

Curiarum origo & divisio prima apud Roman. *l.* 2. §. 1. *ff. de orig. jur.* vide & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Fest. *lib.* 3. Liv. *lib.* 1. *Hist. Roman. cap.* 13. & Dionys. Halic. *lib.* 2. *antiq.*

de Curiatis legibus, vid. infr. in voce *Legibus*, & Liv. *lib.* 5. *cap.* 46. *hist. Roman.* & Cicer. 2. *Agrar. cap.* 30.

Decemviri legibus scribendis litibusque judicandis, ut Romæ primum constituti, & eorum qualis fuerit auctoritas, *l.* 2. §. 4. & 29. *ff. de orig. jur.* vid. & Liv. *decad.* 1. *lib.* 3. *cap.* 33. Agell. *lib.* 17. *cap.* 21. & Cujac. *lib.* 3. *obs. cap.* 33.

Decemvirorum constitutio apud Roman. *l.* 2. §. 13. 16. & 24. *ff. de orig. jur.* vide & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 1. 3. & 6. *hist. Rom.* item Dion. Halic. *lib.* 2. 3. 4. & 10. *antiq. Rom.*

Dictatores ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l.* 2. §. 18. *ff. de orig. jur.* & *l. un. ff. de offic. Præf. Præt. lib.* 1. t. 11. Vide Dion. Halic. *lib.* 5. *antiq. Rom.* Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 2. *c.* 18. & *lib.* 7. *cap.* 3. *hist. Rom.* Cic. *lib. de finib.* & *de legib.* & *passim aliis*. Itemque Canter *lib.* 2. *Novar. lect. cap.* 4. & post eos Hotom. *in d. descript. Magistratum Rom.*

Duodecim tabularum legum origo, Vide *Legum.*

de Fori disputatione ex auctoritate Prudentum, *l.* 2. §. 5. *ff. de orig. jur.*

Honorarium jus quale, & unde dictum, *l.* 2. §. 10. & 12. *ff. de orig. jur.* Vide præter Pomp. Jurisconsul. hujus leg. auctorem Papinian. in *P. jus autem*: 7. *in fin. de just.* & *jur.*

Hortensia (sive Hortensii Dictatoris Romani) lege ut confirmata plebiscita, *l.* 2. §. 8. *ff. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 5. *hist. Roman.* & Agell. *lib.* 15. *cap.* 27.

Jus civile Ælianum, *l.* 2. §. 7. *ff. de orig. jur.* Hujus autem formulæ litteris singularibus scribi solebant; unde & Notæ dicebantur, ut refert Dom. Cujac. *in hunc locum ex Marci Tullii orat. pro Murena.*

Jus civile Papinianus quale, *l.* 2. §. 2. *ff. de orig. jur.* vid. & Agell. *lib.* 6. *c.* 9. & Valer. Maxim. *lib.* 2. *c.* 1.

Jus civile sine scripto ex Prudentum auctoritate proficiscens. *lib.* 2. §. 5. & 12. *ff. de orig. jur.*

Jus Honorarium quale, Vide *Honorarium.*

Juris interpretatio ut Prudentum auctoritatem desideret, *l.* 2. §. 5. *ff. de orig. jur.*

Juris origo & processus, *l.* 2. *in prine. ff. de origin. jur.*

Jurisconsultorum, Professorum & Auctorum sive Scribentium veterum descriptio, *l.* 2. §. 35. & *seqq. ff. de orig. jur.* de quibus etiam plura Hotom. *in suo tract. Jurisconsul.*

Jurisconsultorum responsa quando in usu & auctoritate esse cœperunt, *d. l.* 2. §. 4. *dict. tit. de orig. jur.* de Legis actionibus. Vide *Actionibus.*

Legum XII. Tabular. origo, & quis auctor fuerit earum ferendarum, *l.* 2. §. 4. & 7. *ff. de orig. jur.* Vide & earum fragmenta, quæ adhuc supersunt, ut ut passim apud varios auctores reperiuntur: a nobis huic juris civilis Enchiridio seu Epitome adjecta. Vide præterea de iis nonnulla apud Cicer. *de legib.* & *passim aliis ejusd. opusculis*, & apud Dionys. Halic. *lib.* 8. *antiq.* ac quidem Rævard. Rivalli. Oldendorp. & Hotomann. etiam Cujacium, qui de iis exprofesso scripserat.

de Legibus Regiis & Curiatis apud Roman. *l.* 2. §. 2. *ff. de orig. jur.* Vide & Balduin. Jurisconsul. tractat. quem inscripsit *de Legib. Roman.* item Manut. *de Legibus Romanis*, ac quidem Hotomann. *indicem legum Roman.*

Magistri equitum ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas, *l.* 2. §. 19. *ff. de orig. jur.* & *l. unic. ff. de offic. Præf. Præt. lib.* 1. tit. 11. Vide & Hotom. *in præd. sua desc. Magist. Rom.* Canter. *lib.* 2. *Novell. lect. cap.* 4. & Rosin. *lib.* 7. *antiq. cap.* 18.

Papinianum jus civile quale, vide supr. vocem *Jus.*

de Plebiscitis sive Plebis populive placitis ac decretis, *l.* 2. §. 8. & 12. *ff. de orig. jur.* Vid. Rosin. *antiq. lib.* 6. *cap.* 16. & *lib.* 8. *cap.* 8.

Pontificum collegium quantæ auctoritatis apud Roman. *l.* 2. §. 6. *ff. de orig. jur.* vide & Cic. *lib.* 1. *de Orat. cap.* 43. & 2. *de leg. cap.* 8. itemque Liv. *lib.* 9. *hist. Rom. cap.* 46. & Dionys. Halicar. *lib.* 10. *antiq. Rom.*

Præfecti Annonæ & Vigilum ut Romæ constituti, & quale illorum munus, *l.* 2. §. 33. *ff. de orig. jur.* ac *pass. tot. tit.* 15. *lib.* 1. *ff.* Vide & de iis *l. mulierem*, 13. *ff. side accus.* Liv. *lib.* 4. *cap.* 12. *hist. Rom.* Sveton. *in August. cap.* 42. Dion. *lib.* 55. ac quidem Bosin. *lib.* 7. *antiq. cap.* 34. item & t. 43. & 44. *lib.* 2. *Cod.*

Præfectus Urbi ut Romæ constitutus, & quale ejus munus, *l.* 4. §. 31. *ff. dict. tit. de orig. jur.* Vide & Sveton. *in August. cap.* 37. & Dionys. *lib.* 52. item *pass. t.* 12. *lib.* 1. *ff.* Cornel. Tacit. *lib.* 9. *Annal. cap.* 10. &c. & Agell. *lib.* 14. *cap.* 7. ac quidem Hotom. *in sua descr. Mag. Rom.* ubi tria genera Præfectorum sive Præfecturæ urbi tradit: Unum eorum scilicet qui sub Regibus & primis Consulum temporibus extraordinarii Magistratus fuerunt. Aliud eorum qui posterioribus temporibus, libera tamen adhuc civitate, ejus Magistratus procurationem habuerunt, qui & præfecti urbi Latinarum caussa dicti sunt. Tertium vero genus eorum, qui Imperatorum temporibus ordinarii Magistratus fuerunt. De officio autem Præfectorum Prætorio agitur pass. *tit.* 26. & 27. Augustalis *lib.* 1. *tit.* 37. *Cod.*

Prætores de Fideicommisso sive Fideicommissarii, ut Romæ constituti: item & Prætores alii inter fiscum & pri-

& privatos jus dicentes: deque vario Prætorum munere, *d. l.* 2. §. 32. *ff. de orig. jur. & l.* 2. *Cod. qui potest. in pign.* De Prætorum autem officio, vid. *pass. d. lib.* 1. tit. 14. *ff. itemque ejusdem lib.* 1. 1. tit. 11. De hujusmodi autem Prætore Fideicommissario agunt, Fabius *lib.* 3. & Paulus Jurisconf. in *l. quæsitum.* 78. §. *penult. ff. de legat.* 4. *& l.* 4. *in fin. ff. quib. ad libert.* ac etiam Ulpian. in *leg. sicuti legatum*, 92. *ff. de condit. & demonstr.*

Prætores ut plures Romæ constituti, quorum alii Urbani, alii Peregrini, alii etiam Provinciales dicti sunt, & quæ illorum auctoritas seu potestas, *dict. leg.* 2. §. 27. 28. 32. *& seqq. ff. de orig. jur.* vid. & Liv. *lib.* 6. Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Livii Epitom. *lib.* 14. Cic. *lib.* 3. *de legib.* Sveton. *in August. & Claud.* itemque Cyprian. *epist. lib.* 2. De eorum officio. Vide *lib.* 1. t. 39. *Cod.*

Principum auctoritas quanta qualisve in constitutionibus suis, *lib.* 2. §. 11. *&* 12. *ff. de orig. jur.* Vide & pass. *dict. leg. tit. ff. & in eamd. leg.* DD.

Prudentum auctoritas ut necessaria in juris interpretatione, *l.* 2. §. 6. *ff. de orig. jur.*

Quæstiones publicas ut primum Romæ instituisse Sulla Dictator dicatur, *d. l.* 2. §. 32. *dic. tit. de orig. jur.* De Prætoribus etiam plura vide apud Interpretes *hujus* §. tam veteres quam neotericos: vide & *l. un. lib.* 1. *cap.* 13. *ff. de offic. Prætor.*

Quæstores Ærarii ut Romæ constituti, & quale illorum munus, *d.* 2. §. 22. *ff. de orig. jur.* Vide & Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 6. *histor. Rom.* Angell. *lib.* 13. *cap.* 13. item & Jun. Graichan. *l.* 7. *de potestatib.* & Sigon. *lib.* 2. *antiq. Rom. c.* 2. ac Hotom. *in præd. sua desc. Magistr. Roman.*

Quæstores Parricidii ut Romæ constituti, & illorum jus quale, *d. l.* 2. §. 33. *d. t. ff. de orig. jur.* Vide & Fest. in voce *Quæstores*, & Hotoman. *in d. sua descript. Mag. Rom.* ubi & de Quæstorib. Provincialib. agit. De officio autem Quæstoris, vid. *l.* 1. t. 13. *ff. eod.*

Regia manus seu potestas apud Roman. ut primum fuerit, *l.* 2. §. 1. *ff. de orig. jur.* vide & Liv. *leg.* 1. Dionys. Galicarn. *antiq. l.* 2. *&* 4. Plutarch. *in vita Romuli*; item & Rosin. *antiq. l.* 7. *cap.* 3. ubi de Regum officio agitur.

Reges ut primi fuerunt Magistratus apud Roman. *l.* 4. §. 14. ff. *de orig. jur.* De eorum vero auctoritate potestateve præter ea quæ traduntur hoc loco, vide & Sveton. *in Neron. c.* 5. & Corn. Tacit. *lib.* 3. *annal.* de Regiis legibus, vid. supr. vocem *Legibus.*

Successionibus plebis Roman. a Patribus causa quæ, *l.* 2. §. 24. *ff. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 2. Halicarn. *lib.* 6. *antiq.* & Varron. *lib.* 4. *de ling. Latin.* de Senatusconsultorum origine & auctoritate, *l.* 2. §. 4. *ff. de orig. jur.* vide & Angell. *lib.* 14. *cap.* 7. ac quidem *lib.* 1. *tit.* 3. *ff.* ubi *de legibus & Senatusconsult.* agitur, *lib.* 1. t. 16. *Cod.*

Tribuni Celerum secundi Roman. Magistratus, *l.* 2. §. 15. *ff. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 4. *hist. Rom.* Dionys. Halicarn. *l.* 2. *antiq.* & Corn. Tacit. *lib.* 2. *Annal.*

Tribuni militum ut Romæ constituti, & quæ illorum potestas, *l.* 2. §. 52. *ff. de orig. jur.* Vid. & Liv. *l.* 4. *hist. Rom. c.* 31. 57. Dionys. Halic. l. 2. *antq.* Veget l. 2. c. 7. & Ascon. Pædian. in *lib.* Ciceron. *de divinat.*

Tribuni plebis ut Romæ constituti, & quæ illorum auctoritas sive potestas, *lib.* 2. §. 20. *ff. de orig. jur.* Vide de iis præterea Liv. *lib.* 2. *c.* 33. Dionys. Halicarnas. *li.* 6. *antiq. Roman.* Varron. *lib.* 4. *de ling. Latin.* Cic. *lib.* 3. *de Legibus* Angell. *lib.* 3. *cap.* 12. & Ascon. Pædian. *in Cornelia.*

Tribunitia lex de primis Regibus Rom. ejiciendis, *l.* 2. §. 3. ff. *de orig. jur.* vide & Fest. *l.* 17. & Liv. *lib.* 2.

Triumviri Capitales, Monetales: Quatuorviri viarum caratores; & Quinqueviri nocturni, ut Romæ constituti: & quale illorum jus munusve, *dict. l.* 2. §. 30. 31. *& seq. ff. de orig. jur.* Vide & Fest. *& in eamd.* Scaliger. Varr. *lib.* 4. *de ling. Latin.* & Jacob. Revard. *lib.* 2. *variar. cap.* 18.

FINIS.